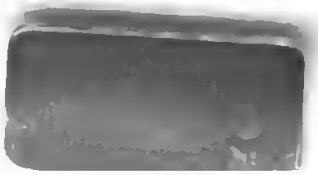
Gen. 2m Annalen



Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk,
Vicekanzler des Oberhofgerichts in Mannheim,

in Verbindung mit

den Hofgerichtsräthen: **Bayer** in Mannheim, **Zentner** in Freiburg, **A. Maier** in Konstanz, und Hofgerichts-Advokat **Sander** in Rastatt.

Zehnter Jahrgang.

Karlsruhe, 1842.
Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google

Digitized by Google

Register

zu den Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte von 1842.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Aberglaube, Verwandtenmord aus — 90.
Abweiſung. Iſt bei — eines Arreſtgeſuchs, einer Executivklage, eines Geſuchs um unbedingten Befehl und angebrachtermaßen Appellation oder Beſchwerdeführung zuläßig? 121.
Abzugsgefälle oder Nachſteuer, 185.
Acceſſion, 323.
Actio quanti minoris findet auch dann ſtatt, wenn die Vertragsurkunde ausdrücklich ſagt, daß die Morgenzahl nicht garantirt werde? 390.
Anfechtungsklage des Bürgen gegen den Käufer der Liegenſchaften des Schuldners, 374.
Anklageverfahren und Staatsanwaltſchaft, 33.
Anſchließung an die Appellation des Gegentheils, 129.
Appellationsfatalien, Entwurf einer Belehrung, 312.
Appellation. Findet Anſchließung an die — gegen verſagte Ladung auf die Klage ſtatt? 243.
Wie weit geht das Recht der Anſchließung? 129.
Arreſtgeſuch. Iſt bei Abweiſung Appellation oder Beſchwerdeführung zuläßig? 121.
Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde. Was iſt darunter zu verſtehen? 9.
Auslegung eines Teſtaments, 31.
Auslieferung fremder Perſonen wegen im Ausland begangener Verbrechen und Verfahren dabei, 236.
Auswandernde, deren Liegenſchaftsverkäufe, 374.

Bauhülfe der Kirchſpielsgemeinde, 3, 76, 132, 145.
Beamte, deren Verantwortlichkeit wegen Nachläßigkeit oder Unverſtändigkeit, 237.
Beibringen. Rückforderungsrecht bei erkannter Gant des Ehemanns, 387.
Beiladung eines Dritten zum Rechtsſtreit, 47.
Beiſatz-Befehl des Landrechtsſatzes 1008. Rechtmittel gegen Verſagung, 201.
Beſchlag, polizeilicher, wegen Uebertretung des Druckverbots, 315, 319.
Beſchlüſſe, richterliche, deren Zuſtellung, 153.
Beſchwerdeführung gegen die Verwerfung eines Arreſtgeſuchs angebrachtermaßen, 121. Der Anwälte wegen Mäßigung der Deſervlten, deren Koſtenerſatz, 172. Wegen Verwerfung des Antrags auf Abnahme eines feierlichen Judeneides, 378.
Beſtialität als Entſcheidungsgrund, 226.
Beweisauflage nach Art. 7 der Proceß-Novelle, 206.
Beweiskraft von Privaturkunden, 14. Der Auszüge aus Standesbüchern, 16.
Beweislaſt bei Anſtellung einer Negatorienklage, 17, 43. Bei der Einrede der erlöſchenden Verjährung, 221.
Borgvergleich. Zuſammenberufung der Gläubiger, 151.
Bürge. Der —, welcher nach Befriedigung des Gläubigers nach Art. 1167 eine Anfechtungsklage gegen den Käufer der Liegenſchaften des Schuldners erhebt, iſt zur Sache legitimirt vom Tag der Entſtehung der Schuld, 374.
Bürgerannahmegeſuche der Juden, 229.
Bürgerrecht. Die Erwerbung iſt bedingt durch die Erwerbung des Meiſterrechts, 197.

Causa obligationis. Iſt bei Verſchweigung derſelben nach §. 558 oder 559 der Proceßordnung zu verfahren? 110.
Commiſſoriſche Clauſel, 193.
Competenz der Aemter zu Ladungsverſagung in Eheſcheidungsſachen, 226. Der Aemter und Hofgerichte in Steuer- und Zollvergehen, 330. Wer hat zu entſcheiden, ob ein zur hofgerichtlichen Entſcheidung ſich eignendes Verbrechen vorliege? 247, 393.
Curiosa, *167*, *252*.

Darlehen, Klage auf Heimzahlung vor vorbehaltener Aufkündigung, 5.
Darlehenszuſage, Klagbarkeit, und über Realverträge, 170.
Devolutiveffekt des Recurſes in gerichtlichen Strafſachen, 11, 257.
Diebſtahl an Leichen und Kirchhöfen, 299.
Doppelſeitiger Vertrag. Vorbedingungen der Klage, 371.
Doppelter Verkauf, 323.

Digitized by Google

Dritter Diebstahl. Bestrafung, wenn er zugleich Gesindediebstahl ist, 376.
Durchfahrtsgerechtigkeit, 101.

Editionseid, Zulässigkeit, 10.
Ehescheidung, freiwillige. Sind die Förmlichkeiten des Art. 286 dabei nöthig? 96.
Ehesteuer. Rückforderungsrecht bei erkannter Gant des Manns, 387.
Eid, als Beweismittel der unvordenklichen Verjährung, 176. Der Nichtwissenseid kann nach Umständen als Wahrheitseid, nicht als Wissenseid zurückgeschoben, und nicht in letzter Form als Notheid auferlegt werden, 253.
Eigenthumsstörung, 370.
Einrede der erlöschenden Verjährung. Beweislast, 221.
Einsicht von fremden Verlassenschaftsakten, 128.
Elterliche Theilung, Anfechtung wegen Verletzung zu Lebzeiten der Eltern, 303.
Entschädigungspflicht des Waldeigenthümers für durch's neue Forstgesetz aufgehobene Forstberechtigungen, 158. Wegen unerfüllter Verbindlichkeit zu thun oder zu lassen, 193. Aus Verlagsvertrag, 240.
Erbrecht einer Frau zweiter Ehe an der Verlassenschaft ihres Mannes, wenn drei Kinder erster Ehe vorhanden, und sie kraft Ehevertrags bereits $^3/_4$ dieser Verlassenschaft erhalten hat, 385.
Erbrente für veräußerten Zehnten, Unterschied von einer Abgabe vom Zehnten als Zehntlast, 1.
Erbvergleich, 291.
Exekutivklage. Ist bei Abweisung einer — Appellation oder Beschwerdeführung zulässig? 121.
Exekutivproceß, Auslegung vom §. 726 der Proceßordnung, 116.

Finanzministerialerlaß vom 14. Dezember 1841 über den Vollzug des Sportelgesetzes, 120.
Fleischakzise, Nothwendigkeit der Abänderung, 255.
Forstgesetz, Erläuterung zu §. 102, 158.
Fragerecht des Richters und der Parteien, 143.
Frohndpflicht zum Pfarrhausbau, 133, 145.
Fuhr- und Handdienste, Leistung zum Kirchen- und Pfarrhausbau, 118.

Gant, Folgen für die Gütergemeinschaft, 387.
Gegenbeweis, 82.
Gemeindeprocesse, Proceßlegitimation, 234.
Gerichtsärztliches Gutachten über einen Tödtungsfall, 306.
Gerichtsstände, peinliche, 265.
Gesindediebstahl, Strafen des Dritten, 376.
Gewährschaft bei Viehmängeln, 249.
Grunddienstbarkeiten aus dem Gesetz, 101.
Gutachten der Gerichtsärzte. In wie weit ist der Criminalrichter daran gebunden? 164.

Handelsnamen. Genügt im Proceß die Bezeichnung einer Parthie mit ihrem Handelsnamen? 305.
Handelsrechtssatz 51, anwendbar auf Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen? 6, 209.
Hilfsvollstreckung. Ist die — eines Erkenntnisses in der Vor- oder Widerklage vor Entscheidung der andern Klage an die Stellung einer Caution geknüpft? 144.
Hofdiebstahl, Begriff, 159.

Jagemann, von, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Frankfurt 1841. — 16. Ueber die Mittel der Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten. Karlsruhe 1839. — 211.
Juden, Bürgerannahmsgesuche, 229.
Justizverweigerung. Verweigert der Richter, welcher nach erhobenem Competenzconflikt mit weiterem gerichtlichem Verfahren einhält, die Justiz? 242.

Kaution wegen Vollstreckung eines Erkenntnisses in der Vor- oder Widerklage vor Entscheidung der andern Klage, 144.
Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. Wer kann sie anstellen? 213. Auf Heimzahlung eines Darlehens vor erfolgter Aufkündung, 5. Auf Umstoßung einer Theilung aus Landrechtssatz 887 gegen wen? 99. Des kirchenbaupflichtigen Zehntherrn gegen die Kirchspielsgemeinde wegen Bauhilfe, 3, 76, 145. Des Verkäufers einer Liegenschaft gegen den Käufer auf Eintrag des Kaufs in's Grundbuch, 135, 251. Gegen Dritte aus einem in's Grundbuch eingetragenen Vertrag, 110. Aus Darlehenszusage, 170. Aus doppelseitigen Verträgen, Vorbedingungen, 371.
Kostendekretur, Beitrag zu den Grundsätzen über —, und zu deren Anwendung, 219.
Kostenersatz bei Beschwerdeführung der Anwälte gegen ungebührliche Mäßigung der Deserviten, 172.

Landrechtssätze: S. 45 — 16; S. 286—96; S. 555, 1367, 1583 a — 323; S. 674 — 370; S. 682 bis 685 — 101; S. 706, 2262, 2263 — 221; S. 843, 845, 972, 1035—51; S. 887—99; S. 913, 1098, 1527 — 385; S. 921—30; S. 972, 843, 845, 1035—51; S. 976, 976 a, 979 — 59; S. 1008 — 201; S. 1035, 972, 843, 845—51; S. 1098, 913, 1527 — 385; S. 1142 — 193, 395; S. 1167 — 374; S. 1283 — 9; S. 1325 und 1326, — 128; S. 1328 — 374; S. 1367, 1583 a, 555 — 323; S. 1527, 1098, 913 — 385; S. 1583, 1583 a — 135, 251; S. 1612 — 371; S. 1907 e — 245; S. 2262, 2263, 706 — 221.
Letzter Wille, Förmlichkeiten eines geheimen, 59.
Liegenschaftskäufe mit ohne obrigkeitliche Erlaubniß Auswandernden sind nicht mehr nichtig, 374.
Litteratur: von Jagemann, Untersuchungskunde, S. 16. Derselbe, über die Mittel der Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten, S. 211. Die 5 französischen Gesetzbücher, neu übersetzt von einem praktischen Juristen. 8. ed. Crefeld 1841 und Sachregister dazu von 1840, 117. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, 97. Schürmaier, die Kunstfehler der Medizinalpersonen, 243.

Digitized by Google

Mandatsproceß, 5.
Meineid. Thatbestand des — eines Zeugen in Untersuchungen, 353. Strafe, 322.
Meisterrecht, die Erwerbung ist nicht bedingt durch die Erwerbung des Bürgerrechts? 197.
Minderung der Verfügungen unter Lebenden, Auslegung vom Art. 921. 30.
Mittermaier die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Heidelberg 1841 Rec. 97.

Nachsteuer oder Abzugsgefälle, 185.
Negatorienklage, Beweislast, 17, 43. Zeugenbeweis hierbei, insbesondere durch einen Volljährigen über Wahrnehmungen vor erreichter Vollmündigkeit, 17, 43. Hat der Kläger sein Eigenthumsrecht am dienenden Grundstück zu beweisen? 297.
Nichtigkeit der Urtheile ohne Entscheidungsgründe, 298.
Notheid, 323. Zur Herstellung der Aechtheit einer Urkunde, 161.*
Nothfristen. Sind die Fristen des §. 78 des Preßgesetzes solche? 27, 136.

Oberappellation, wegen Nichtbeobachtung des §. 1214 der Proceßordnung durch's Hofgericht, 181.

Patronatrecht der Standesherrn, 328.
Peinliche Gerichtsstände, 365.
Persönliche Haft in Strafsachen, 259.
Pfandbucheintrag. Wirkung des — eines Vollstreckungsbefehls auf Liegenschaften, 73.
Pflichttheil. Wer kann Klage auf Ergänzung anstellen? 213.
Preßgesetz, Nothfristen des §. 78. — 27, 136. Rechtsfall zur Auslegung des §. 39 und 41. — 315, 319.
Proceßlegitimation in Gemeindeproceßen, 234.
Proceßleitung, Ueberlassung an die Anwälte, 65, 203.
Proceßnovelle. Bezieht sich Art. 3 auch auf §. 688, 703, 728, 734 der Proceßordnung? 121. Beweisauflage nach Art. 7 — 206.
Proceßordnung. §§. 321 — 144; §. 379, 451 — 161; §. 385 — 298; §. 409 — 351; §. 635 — 323; §. 726 — 116; §. 818 — 151; §. 1030 — 73; §. 1166, 1189 — 129; §. 1175. Nr. 3 — 347; §. 1214 — 181.

Realverträge, 170.
Rechtsmittel gegen Versagung des Beisatzbefehls des Landrechtsatzes 1008 — 201.
Rechtsnachtheile, im bürgerlichen Proceße, Grundlinien, 355.
Rechtspraktikanten, Befugnisse zu Führung von Untersuchungen und zu Eidesabnahmen, 239.
Reents, Devolutiveffekt in gerichtlichen Straffachen, 11, 257.
Reichsthaler, Rechnung nach —, statt nach Gulden, 144.
Reichsunmittelbare, Reclamationen gegen das Gesetz vom 28. Dezember 1831 und Entschädigungsforderung gegen den Fiskus, 379.

Schaafweidefrevel auf Feldern, 29.
Schiedsrichter bei Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen, 6, 209.
Schürmaier, die Kunstfehler der Medizinalpersonen. Freiburg 1838. Rec. 243.
Sepulcri vilvatio, 299.
Specialvollmacht zu Abiegung von Geständnissen in der mündlichen Schlußverhandlung, 313.
Sportulirung der Urtheile im Besitzproceß, 217. Der Appellationsanzeigen, Bitten um Kostendekretur, Beschwerden wegen Kostendekretur, Erklärung wegen richterlich ernannter Sachverständiger, Bitten um Absendung oder Rücksendung der Akten, Aufkündigung der Anwaltschaft, Streitverkündung. 220.
Staatsanwaltschaft und Anklageverfahren. 33.
Staudesbücher, Beweiskraft von Auszügen. 16.
Stempel- und Sportelordnung, neue. 113, 217, 220 und 223.
Stempelpapier, Verfahren gegen Ausländer, welche kein — gebrauchen. 218.

Testament, Auslegung. 31. Förmlichkeiten des öffentlichen 51, des geheimen. 59.
Testimonium morientis. 238.
Theilungsakten, ist deren Einsicht dritten vom Amtsrevisorat zu gestatten? 128, 396.
Tödtung. Rechtsfall. 341. Gerichtsärztliches Superarbitrium. 306.
Trassant, Wechselklage gegen den Trassaten, wenn dieser acceptirt hat. 138.

Umstoßung einer Theilung aus Landrechtsatz 887. Gegen wen ist die Klage zu richten? 99.
Unbedingter Befehl; ist bei Abweisung des Gesuchs um — Appellation oder Beschwerdeführung zuläßig? 121
Untersuchungskunde, von Jagemann 16.
Unvordenkliche Verjährung, Eid als Beweismittel derselben. 176. — Geständnißerfordernisse 297.
Urkunden, Beweiskraft anerkannter Privat —, denen die Form des Landrechtssatzes 1325 und 26 fehlt. 128. Beweiskraft der für ächt erklärten Privaturkunden. 14. Was unter Ausfertigung einer öffentlichen Rechtsurkunde zu verstehen. 9.
Urtheile ohne Entscheidungsgründe nichtig? 298.

Veräusserung eheweiblicher Liegenschaften während bestehender Ehegemeinschaft ohne Einwilligung der Frau. Kann der eine oder andere Ehegatte sie anfechten? 100.
Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter aus Landrechtssatz 1383. — 237.
Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen. 6, 209.
Verjährung, Beweislast bei der Einrede des erlöschenden. 221. Unvordenkliche, Beweis durch Geständniß, Erfordernisse. 297. Unvordenkliche, Eid als Beweismittel. 176.
Verlagsvertrag, Entschädigungsforderung. 240.
Verlassenschafts- und Theilungsakten. Ist deren Einsicht dritten vom Amtsrevisorat zu gestatten. 128, 396.

Digitized by Google

Verletzte Vorschriften des Verfahrens. 347.
Vertrag. Begründet ein in's Pfandbuch eingetragener —, wornach ein Contrahent sein Eigenthum nur an den Andern veräussern darf, eine Klage gegen Dritte? 110. Folgen der Nichterfüllung. 395.
Verwandtenmord aus Aberglauben und religiösem Wahnsinn. 90.
Viehmängel, Wandel und Gewährschaft. 249.
Vollstreckungsbefehl auf Liegenschaften. Wirkung des Pfandbucheintrags eines solchen. 73.

Währschaftsgesetz. Ist das vorgeschriebene Verfahren bei Strafe der Nichtigkeit einzuhalten? 345,
Wechsel. Kann ein — für einen andern Verfalltag, als der im Wechsel ausgedrückte acceptirt werden? 142.
Wechselklage des Trassanten gegen den Trassaten, wenn dieser acceptirt hat? 138.
Wechselvertrag nach französischem und badischem Recht. 331.
Wechselzuschreibungen. Ueber die Ausdrücke: Verordnung, Verfügung. 210.
Weidefrevel, s. Schaafweidefrevel.

Zehntherr, dessen Klage gegen die Kirchspielsgemeinde wegen Kirchenbauhilfe. 3, 76, 145.
Zehntlast als Abgabe vom Zehnten, Unterschied von einer für veräußerten Zehnten zu zahlenden Erbrente. 1.
Zeugenbeweis bei Negatorienklagen durch einen Volljährigen über Wahrnehmungen vor erreichter Vollmündigkeit. 17, 43.
Zeugniß eines Sterbenden. 238. Falsches — zu Gunsten eines Angeschuldigten. 322.
Zinsen. Folgen der Ausbedingung höherer, als 6 % bei Darlehen. 245.
Züchtlinge können wegen Verbrechen und Vergehen in der Strafanstalt mit geschärfter Gefängnißstrafe belegt werden. 228.
Zustellung richterlicher Beschlüsse. 153.

Digitized by Google

Register

zum Beiblatt der Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1842.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Adoption eines anerkannten natürlichen Kindes durch seinen Vater oder Mutter. 17.

Adoptivkinder des Erben eines Verschollenen können die Einweisung in den einstweiligen Besitz seines Vermögens verlangen. 34.

Anfechtung einer Veräußerung der eheweiblichen Liegenschaften durch die Kinder. 4.

Angrenzer eines nicht schiffbaren Gewässers, deren Rechtsverhältniß. 36.

Antretung der Erbschaft ist vorhanden, wenn der Erbe der Frau sich auch nur in den Dotalnachlaß einmischt. 47.

Anwachsungsrecht. 32.

Ausschließung eines Nichterbberechtigten durch die übrigen Miterben. 9.

Bedeckung des Trassaten durch in seinen Händen befindliche Waaren. 5.

Besitz, Herausgabe einer Liegenschaft wegen stärkeren Besitzrechts. 4.

Besitzklage des Nutznießers 16. Aus einem durch Verjährung erworbenen Wasserrecht 17. Aus einer Weggerechtigkeit 15. Wegen eines gewaltsam entzogenen Besitzes, — Unterschied von andern Besitzklagen. 18.

Beweis, als Anfang eines schriftlichen — können auch Erklärungen in einer Untersuchung gelten. 32.

Beweislast im Fall des Art. 1975, wenn der Leibrentenvertrag auf einer Privaturkunde beruht. 48.

Caution des eingewiesenen Erben eines Verschollenen, Sorge für deren Erhaltung. 35.

Cession, Verbindlichkeit des Cessionar. 31.

Civilstand eines natürlichen, von einer Inländerin im Inland gebornen und später von einem Ausländer anerkannten Kindes. 1.

Compensation. In der Appellationsinstanz kann eine erst nach dem unterrichterlichen Urtheil liquid gewordenen Forderung nicht compensirt werden 25. In Ganten 43.

Eheliche Geburt, Anfechtung wegen Mangels eines Heirathsakts der Eltern. 26.

Ehen sind wegen unterlaßner öffentlicher Verkündung nicht nichtig. 19.

Ehescheidung, Recht des Mannes zu verlangen, daß die Frau während des Verfahrens die eheliche Wohnung verlasse 39.

Ehesteuer, der Erlös aus Liegenschaften, welche die Frau vom Mann als Ehesteuerersatz erhielt, ist wieder Ehesteuer 43. Rückforderung einer doppelt bezahlten — gegen die Frau. 48.

Ehevertrag, Wirkung der im — enthaltenen Ermächtigung der Frau zur Klaganstellung und Vertheidigung. 20.

Einwerfung der Gesellschaftsvortheile. Genügt zur Befreiung von der — im Fall des Art. 854 auch eine Privaturkunde mit sicherem Datum. 46.

Entmündigter, Nichtigkeit eines von einem — abgeschloßnen Miethvertrags. 2.

Entschädigungsklage gegen den Meister wegen Beschädigung durch den Gesellen 19. gegen den Vater wegen Beschädigung durch dessen Kind 29. gegen die Ehefrau, wegen Nichtigkeitserklärung eines von ihr eingegangenen Vertrags. 30.

Erbnehmer und Erbtheilnehmer, Unterschied. 20.

Erlöschung einer Verbindlichkeit durch Untergang des Gegenstands desselben. 8.

Errungenschaftsgemeinschaft. Genügt dazu der Ausdruck: es soll eine — bestehen? 11.

Ersitzung der Umgebung eines Teichs. 31.

Gerichtszugriff auf Liegenschaften. Ist dem Cessionar zu Erlangung des — eine öffentliche Urkunde über die Cession nöthig? 4.

Geschlechtsnamen. Kann durch Verjährung ein Recht auf den bisher geführten — erworben werden? 19.

Gesellschafter, der Art. 1847 bezieht sich nur auf eigentliche, — nicht auf Gemeinschaftsgenossen. 47. Verbindlichkeit der Beschlüsse der Mehrheit der — 21.

Gesellschaft auf gegenseitige Versicherung erlischt nicht durch den Tod 42. können Streitigkeiten einer offenen, wegen

Digitized by Google

mangelnder Genehmigung nichtigen — durch Schiedsrichter entschieden werden? 25. Rechtsverhältniß nichtiger — 42.
Gesellschaftsvermögen kann, sofern es in einem Privilegium besteht, nicht vertheilt werden. 32.
Gütergemeinschaft. Kann der Mann als Erbe der Frau auf die — verzichten? 46. Vorwegnahmen bei der Theilung. 4.
Gütergemeinschaftsliegenschaft, Veräußerung einer — durch den Ehemann. 2.

Handelsfrauen, Einwilligung des Manns. 21.
Handelsganten können unter Umständen durch einen einzigen Gläubiger eröffnet werden. 24. Zeit der Eröffnung. 28.
Handelsgeschäft. Ein — wird durch Urtheil nicht zu einer bürgerlichen Verbindlichkeit. 28.
Handelsgesellschafter. Der Aktionär, dessen auf Inhaber lautende Aktie entwendet wurde, bleibt dennoch — 31.
Handelsrechtssätze: S. 4, 5—21; S. 24, 27, 28 — 22; S. 35, 51 — 31; S. 37 — 25; S. 42, 51 — 35; S. 46 — 32; S. 51 — 2, 31, 35; S. 93 — 16, 27; S. 109 — 28; S. 116 — 5; S. 117, 163, 170 — 18; S. 137, 138, 187 — 11, 44, 46; S. 158 — 11; S. 163, 117, 170 — 18; S. 165 — 45; S. 173 — 26; S. 174 — 13; S. 208 — 24, 28; S. 214 — 3.
Handgeschenk. Uebergabe einer gewöhnlichen Forderungsurkunde ist kein — 46.

Indossament, Wirkung eines unvollständigen — 11. Bei unvollständigem — kann der Beweis des Wechselübertrags gegen die Gantgläubiger des Indossanten nicht durch andere Mittel geführt werden. 44.

Kaufbesorger, dessen Vorzugsrecht auf den Werth der Waare. 15. Dessen Vorzugsrecht auf die Waare, wenn der Besteller am nämlichen Ort wohnt. 27.
Kauf von Fahrnissen, Wirkung ohne Besitzergreifung gegen Dritte. 40.
Kinder aus Ehebruch erzeugt und anerkannt können Testamenterben des Anerkennenden werden. 14.
Klage der Ehefrau aus Art. 1560 und 2256 während der Ehe anstellbar? 39. Des Erziehers gegen das Kind selbst, wenn der Vater nicht zahlen kann 38. Auf Absonderung der Liegenschaften einer Erbschaft, oder des noch vorhandenen Preises derselben, von dem Vermögen des Erben 10. Auf Ersatz des Kaufpreises gegen den früheren Besitzer einer verlorenen Sache, welchen der Vindicant dem jetzigen Besitzer ersetzen muß 7. Auf Kostenersatz für eine gemeinschaftliche Mauer ist dinglich 38. Auf Trennung von Tisch und Bett durch den Gegenvormund einer entmündigten Frau 37. Auf Umstoßung des Verkaufs eines Erbtheils wegen Verletzung um 1/4. 1. Auf Umstoßung eines von einem Entmündigten abgeschlossenen Miethvertrags. 2.

Landrechtssätze: S. 9, 17 — 1; S. 45, 194, 195, 321, 322, 2226 — 19; S. 114 — 35; S. 170 — 18; S. 171, 194, 2121 — 2; S. 194, 195, 45, 321, 322, 2226 — 19; S. 206 — 10; S. 215, 223 — 20; S. 217, 1124, 1312 — 30; S. 220 — 21; S. 223, 225 — 20; S. 268 — 39; S. 303 — 27; S. 307, 309 — 13; S. 321, 322, 45, 194, 195, 2226 — 19; S. 335, 762, 911 — 14; S. 343 — 17; S. 350 — 34; S. 385 — 38; S. 475, 2121, 2135 — 5; S. 475, 2251, 2258 — 11; S. 499, 513 — 2; S. 544e, 1315 — 4; S. 558 — 31; S. 563, 644 — 36; S. 570, 2073 — 12; S. 599, 614, 2236 — 16; S. 617, 1043 — 32; S. 641, 692 — 27; S. 642 — 30; S. 644, 563 — 17. 36; S. 661 — 38; S. 692, 641 — 27; S. 701, 703 — 23; S. 724, 756 — 24; S. 757, 908 — 15; S. 762, 911, 335 — 14; S. 765, 915 — 33; S. 778, 1554, 1560 — 47; S. 791, 1130, 1600 — 27; S. 792 — 35; S. 816, 2236, 2262 — 29; S. 824, 828, 922 — 16; S. 826, 872 — 32; S. 841 — 9; S. 854 — 46; S. 873, 1075, 1300 — 4; S. 880 — 10; S. 882, 2121, 2135 — 24; S. 883, 1654 — 37; S. 887, 1304 — 21; S. 889 — 1; S. 893, 931 — 46; S. 893, 1035 — 26; S. 896 — 26; S. 900, 1130 — 28; S. 908, 757 — 15; S. 911, 335, 762 — 14; S. 915, 765 — 33; S. 922, 824, 828 — 16; S. 931, 893 — 46; S. 939, 941 — 22; S. 957 — 47; S. 960, 1046 — 6; S. 971 — 13; S. 972 — 16; S. 1003, 1006, 1010, 1011 — 20; S. 1035, 893 — 26; S. 1043, 617 — 32; S. 1046, 960 — 6; S. 1057 — 40; S. 1075, 873, 1300 — 4; S. 1079 — 36; S. 1096, 1166 — 7; S. 1120, 1121 — 6; S. 1124, 217, 1312 — 30; S. 1130, 900 — 28. 34; S. 1130, 791, 1600 — 27; S. 1141, 1583 — 40; S. 1154 — 1; S. 1166, 1096 — 7; S. 1174 — 11; S. 1271, 1654 — 19; S. 1289 — 25; S. 1291 —25. 43; S. 1300, 873, 1075 — 4; S. 1302, 1733 — 8; S. 1304, 1554, 1560 — 22; S. 1304, 887 — 21; S. 1312, 1124, 217 — 30; S. 1315, 544e — 4; S. 1315, 1322, 1328 — 29; S. 1338, 2124 — 8; S. 1341, 1560 — 20. 37; S. 1348, 1923 — 16, S. 1377 — 41; S. 1384 — 19. 29; S. 1387 — 9; S. 1421 — 39; S. 1422, 1427 — 2. 36; S. 1437 — 38; S. 1444 — 11; S. 1449 — 42; S. 1453, 1466 — 46; S. 1470, 1471 — 4; S. 1477 — 5. 30. 35; S. 1498 — 11; S. 1549 — 48; S. 1553 — 43; S. 1554, 1574 — 10. 41; S. 1554, 1560, 1304, 778 — 22. 47; S. 1557, 464 — 41; S. 1558 — 3; S. 1560, 1341, 778 — 20. 34. 47; S. 1560, 2256 — 39; S. 1574, 1554 — 41; S. 1583, 1141 — 40; S. 1597, 1700 — 6; S. 1600, 1130, 791 — 27; S. 1654, 1271 — 19; S. 1654, 883 — 37; S. 1661 — 9; S. 1699 — 16; S. 1700, 1597 — 6; S. 1719 — 31; S. 1722, 1769 — 33; S. 1725, 1727 — 32; S. 1733, 1302 — 8; S. 1769, 1722 — 33; S. 1847 — 47; S. 1859, 1862 — 21; S. 1860, 1988, 2124 — 22; S. 1865 — 42; S. 1872, 826 — 32; S. 1923, 1348 — 16; S. 1975 — 48; S. 1981 — 39; S. 1985 — 32; S. 1988, 1860, 2124 — 22; S. 2060 — 18; S. 2073, 570 — 12; S. 2121, 171, 194 — 2; S. 2121, 2135, 375, 882 — 5. 24; S. 2124, 1338 — 8; S. 2124, 1988, 1860 — 22; S. 2131 — 11; S. 2132 — 38; S. 2135, 2121, 475 — 5. 23; S. 2213, 2214 — 4; S. 2226, 45, 194, 195, 321, 322 — 19; S. 2228 — 15; S. 2236, 599, 614 — 16; S. 2236, 2262 — 29; S. 2251, 2258, 475 — 11; S. 2256, 1560 — 39; S. 2258, 2251, 475 — 11; S. 2262, 2236 — 29; S. 2279 — 7;

Leibrente, iſt das Geding der Unveräußerlichkeit gültig. 39.
Liegenſchaften der Frau in Gemeinſchaftsehen werden durch das Geding der Wiederanlegung nicht dotal. 41.

Minderjährige leiden auch die Folgen der Verheimlichung oder Entwendung aus dem Nachlaß. 35.
Mundtodter, Klage auf Umſtoßung eines von einem — abgeſchloſſenen Miethvertrags. 2.

Natürliche Kinder. Durch eigenhändiges Teſtament anerkannte — können gleichwohl aus einem Teſtament nicht mehr erben, als durch öffentliche Urkunde anerkannte 15. Können Früchte und Zinſen vom Nachlaß ihrer Eltern nur von dem Tag an fordern, wo ſie die Auslieferung verlangen, und haben die ſeit dem Tod des Erblaſſers bezogenen nicht einzuwerfen. 24.
Nichtigkeitsklage der Frau wegen eines die Eheſteuer betreffenden Compromiſſes. 20.
Nutznießung. Iſt die einem Dritten zuſtehende — an einem Ehegut eine Grundlaſt des Art. 1437. 38. Der Frau an dem von ihr verheimlichten Gemeinſchaftsvermögen. 30. Vergebung einer — als Nutzpfand iſt liegenſchaftliche Veräußerung. 42.

Pächter, deſſen Klagrecht wegen Beſitzſtörung durch Dritte. 32.
Pachtzinsnachlaß; Brückengeldpächter haben kein Recht auf — 33.
Petitoriſche Klage kann erſt erhoben werden, wenn das poſſeſſoriſche Urtheil vollzogen iſt. 12.
Pfandrecht der Ehefrau an den Errungenſchaftsliegenſchaften. 24. Der Ehefrau am Vermögen des Manns wegen während der Ehe angefallener Erbſchaften. 23. Des Mündels am Vermögen des Vormunds, wegen der Koſten einer Umarbeitung oder Verbeſſerung der Pflegſchaftsrechnung. 5. Einer Ausländerin, die im Ausland heirathet, an den inländiſcher Liegenſchaften des Manns, ohne vorhergehenden Eintrag des Eheſcheins in das Ehebuch des inländiſchen Wohnorts. 2. Für einen eröffneten Credit, deſſen Anfang. 38. Kann der geſetzliche Pfandgläubiger Ergänzung fordern, wenn ſein allgemeines Pfandrecht auf einzelne Güter beſchränkt, und dieſe unzureichend wurden? 11.
Pflichttheilsrecht der Eltern eines anerkannten natürlichen Kindes. 33.
Poteſtativbedingung, Begriff. 11.
Proceßordnung. §§. 702, 726 — 4; §. 709, 759 — 18; §. 746 — 16; §. 750 — 15; §. 760 — 12; §. 810, 839, 943 — 24; §. 834 — 3.

Reutionsrecht des Käufers eines Dotalguts bis zum Erſatz der auf dem Gut haftenden und vom Käufer bezahlten Schulden, wenn der Verkauf für nichtig erklärt wird. 6. Gegen eine Gantmaſſe. 12.
Rückforderung einer doppelt bezahlten Eheſteuer gegen die Frau. 48.

Schenkung; Anfechtung einer verſteckten. 26. Der Frau aus dem Gemeinſchaftsvermögen mit Ermächtigung des Manns. 36. Freiwillige Erfüllung hebt den Undank auf. 47. Unter Ehegatten verfallen, wenn der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt. 7. Von Liegenſchaften, kann ein Chirographargläubiger des Schenkers den Mangel des Eintrags dem Schenker entgegenhalten? 22
Schiedsrichter bei Handelsgeſellſchaften. 2.
Streitige Rechte; Begriff 16. welche öffentliche Diener nicht erwerben dürfen. 6.
Subſtitution, Auslegung des Art. 1057. 40. Deren Nichtigkeit. 28.

Teſtament. Anfechtung eines öffentlichen, weil nicht erwähnt, daß es dem Teſtator vorgeleſen wurde 16. Ein gültiges, wenn gleich durch Urtheil im Ausland für nichtig erklärtes gilt im Inland. 26. Gelten durch Erſcheinung von Kindern für widerrufen? 6. Kann durch ein nichtiges Codizill ſelbſt nichtig werden. 26. Nichtigkeit eines öffentlichen wegen falſcher Bezeichnung eines Zeugen 6.
Theilung, Geding der Wiederauflöſung wegen Nichterfüllung. 37. Kann bei einer blos partiellen Theilung einer Erbſchaft wegen Verletzung um 1/4 geklagt werden? 22. Wird nach geſchehener Theilung und Verkauf der Liegenſchaften der Erbmaſſe der Antheil eines ſpäter erſcheinenden Erben nach dem Schätzungswerth oder Verkaufspreis der Liegenſchaften berechnet? 16.
Trennung von Tiſch und Bett. Die Kinder können der Mutter anvertraut werden. 27. Kann eine Frau, gegen welche — ausgeſprochen iſt, von ihrem Mann zur Rückkehr genöthigt werden? 13.

Umſtoßung des Verkaufs eines Erbtheils wegen Verletzung über 1/4. 1.
Unbenannte Geſellſchaften; Nichtigkeit wegen fehlender Staatsgenehmigung 25. Kann der Geſchäftsführer Güter verpfänden? 22.
Unterhaltspflicht des Schwiegerſohns gegen die natürliche Mutter ſeiner Frau. 10.
Unterhaltsrente des Art. 268. Kann der Mann dieſelbe der Frau bei der Vermögenstheilung aufrechnen? 39.
Unterſchlagung von Stücken, die zum Gemeinſchaftsvermögen gehören. 5.
Urkunde, Beweiskraft einer vom Cedenten ausgeſtellten gegen den Ceſſionar. 29.

Veräußerung des Gantmanns zur Gefährde der Gläubiger. Wer kann ſie anfechten? 3. Nur unter der Bedingung der Wiederanlegung veräußerlicher Liegenſchaften der Frau. 9.
Verheimlichung der zur Gütergemeinſchaft gehörigen Stücke. 35.
Verjährung der Anfechtungsklage des Art. 1079. 36. Der Klage eines Mündels gegen den Vormund. 11. Der Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Verkaufs von Dotalgütern 22. Der Theilungsklage und der Klage auf gegenſeitige Verrechnung einer ſchon geſchehenen Theilung. 29.
Verkauf eines Gemeinſchaftsguts gegen eine Leibrente 39.
Vermögensabſonderung. Ein Gläubiger kann ſie wegen Mangels des Vollzugs nicht anfechten, wenn er ſelbſt an den Vollzugshandlungen Theil genommen hat. 11.
Verpfändung einer Liegenſchaft durch einen Minderjährigen.

Digitized by Google

Iſt eine ſpätere Genehmigung rückwirkend? 8.
Vertragsabſchluß im Namen eines dritten ohne deſſen Auftrag. 6.
Vertrag über künftige Erbſchaft und Schenkung zugleich. 34.
Verzicht auch auf ein vertragsmäßiges Erbrecht iſt nichtig. 27.

Wechſel; was wirkt der Beiſatz „ohne Koſten?“ 45.
Weſelproteſt, ungültig wegen Formfehlern? 13. Wird durch verſpäteten — das Rückgriffsrecht verloren, wenn bewieſen wird, daß auch bei rechtzeitigem Proteſt zwar Bedeckung vorhanden aber nicht beibringlich war. 18.
Wechſelzahlung, wo muß ſie erfolgen, wenn der Wechſel ſagt: am Orte des N, — ohne nähere Bezeichnung des Orts? 26.
Wettſchlagung in Ganten. 43.
Wiederkauf, Friſt und Pflichten des Wiederkäufers. 9.

Zahlungsirrthum bei Wechſeln. 41.
Zahlung durch Ausſtellung von Wechſeln iſt keine Rechtswandlung. 19.
Zeugenbeweis über 170 Francs zuläſſig bei Einwilligung des Gegentheils? 37. zuläſſig wenn die Hinterlegung durch Betrug veranlaßt wurde. 16.
Zinseszins in Handelsſachen. 1.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 1. Karlsruhe den 1. Januar 1842.

I.

Unterschied zwischen einer Abgabe vom Zehnten als Zehntlast und einer für einen veräußerten Zehnten zu bezahlenden Erbrente.

Die katholische und evangelische Schule zu Weingarten besaßen einen Theil des dortigen Zehntens. Sie überließen denselben im Jahre 1823 dem Großherzoglichen Domainenfiscus gegen eine ihnen zu leistende jährliche Abgabe und zwar an die eine Schulstelle mit 180 fl. und an die Andere mit 187 fl. 49 kr.

Die Großherzogliche Hofdomainenkammer hatte zum Erwerb dieses Zehntens durch das Großherzogliche Finanzministerium die höchste Genehmigung eingeholt, und in der dießfallsigen Staatsministerialentschließung vom 14. August 1823 ist gesagt: man genehmige, daß das (zu bezahlende) Surrogat auf den Zehnten zu Weingarten radicirt werde.

Seit 1823 bezog nun der Domainenfiscus den frühern Schulzehnten, und entrichtete den beiden Schulstellen die zugesicherten Abgaben.

Da nun der Zehnten in Weingarten abgelöst wird, so erhob sich zwischen den Schulen einerseits und dem Domainenfiscus anderseits ein Streit; ob die versprochene Abgabe eine Zehntlast im gesetzlichen Sinne sei?

Der Fiscus erklärte die Abgabe für eine Zehntlast und wollte dieselbe nach dem Zehntablösungsgesetz aus dem Zehntkapital ablösen.

Die Schulen behaupteten dagegen, die Abgabe sei eine Erbrente, welche der Fiscus ihnen als Kaufpreis für den Zehnten zu leisten habe, und auf welchen eben deshalb das Zehntablösungsgesetz keine Anwendung finde.

Da ein Einverständniß nicht zu erzielen war, so erhob der Großherzogliche Fiscus eine Klage, worin er bat, daß die Abgabe durch richterliches Erkenntniß als eine Zehntlast erklärt werde *). Mit dieser Klage wurde der Fiscus aber durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen.

Bei der Entscheidung handelte es sich überall um die Auslegung der Vertragsverhandlungen und insbesondere des oben erwähnten Staatsministerial-Erlaßes vom 14. August 1823. Auf der von den Gerichten angenommenen Auslegung des Vertrags und auf der Deutung der wahrscheinlichen Absicht der Parteien, beruhte die Abweisung des Fiscus.

Es knüpfen sich aber an diese Rechtssache noch zwei andere Fragen:

I. Welche Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses liegt vor, je nachdem man die Abgabe als eine Erbrente oder als eine eigentliche Zehntlast betrachtet?

II. Und kann seit Einführung des Landrechts eine Abgabe überhaupt, noch als eine eigentliche Zehntlast constituirt werden?

Zu I. Was die erstere Frage betrifft, so ist die Natur des Rechtsgeschäfts, wenn eine Erbrente vorliegt, einfach und klar.

) Auch wenn die Abgabe eine Erbrente ist, so kann sie der Fiscus nach S. 530, sowie S. 1911, immerhin beliebig ablösen, und der obige Streit über die Natur der Abgabe kann für die Parteien nur in dem Falle einen Werth haben, wenn man annimmt, die Erbrente sei nicht auf den Grund des gesetzlichen Zinsfußes (S. 1907) mit dem zwanzigfachen, sondern nach Analogie des S. 710 f m mit dem fünfundzwanzigfachen Betrage abzulösen, während die Abgabe als Zehntlast nach dem Zehntablösungsgesetz jedenfalls um den zwanzigfachen Betrag abzulösen ist.

Digitized by Google

Es handelt sich dabei um kein Sachenrecht, sondern um eine persönliche Forderung an den Schuldner der Rente.

Das Forderungsrecht beruhte übrigens in dem gegebenen Falle nicht wie die Sätze 1909—1913 voraussetzen auf einem Darlehen, sondern auf der Ueberlassung des Zehntens als Gegenleistung, also nach S. 1582 verglichen mit S. 530 auf einem Kaufvertrag.

Der Renteubezieher hat dabei nach 2103 Nr. 1 ein Vorzugsrecht auf den verkauften Zehnten. Dieses Vorzugsrecht macht aber die Rentenforderung noch nicht zu einem dinglichen Rechte im engern Sinne, wie dieß der Fall ist, wenn die Abgabe als eine eigentliche Zehntlast betrachtet wird.

Im letzten Falle ist die Abgabe ein auf dem Zehnten haftender Erbzins. Sie kann nämlich nur unter den Voraussetzungen des Landrechtsatzes 710 I a als eine Zehntlast, d. h. als eine von dem Zehnten zu entrichtende dingliche Last betrachtet werden, — oder mit andern Worten: wenn der Zehnten nicht blos unterpfändlich für die persönliche Verbindlichkeit des Abgabepflichtigen haften soll, sondern wenn die Abgabe als eine dingliche Last vom Genuß des Zehntens selbst entrichtet werden soll, so fällt sie unter dem im S. 710 I a aufgestellten Begriff eines Erbzinses.

Brauer hat im 1. Band seiner Erläuterung (Seite 591 und 592) alle Sachenrechte zusammengestellt. Sie sind im 2ten Buche des Landrechts abgehandelt. Davon verschieden hat er die im 3ten Buche des Landrechts aufgeführten Vorzugs- und Unterpfandsrechte mit dem Namen sachartiger Rechte bezeichnet, und auf den wesentlichen Unterschied dieser Letztern von den eigentlichen Sachenrechten aufmerksam gemacht. Band I. Seite 595 ff. in Verbindung mit der Erläuterung zum Satz 2114.

Wenn auch die bleibende Natur eines Sachenrechtes bei Erbzinsen, die durch das Gesetz vom 5. Oktober 1820 nun allgemein, und soweit sie auf dem Zehnten ruhen, jetzt speziell durch das Zehntablösungsgesetz, für unbeschränkt ablöslich erklärt sind, durch diese Ablöslichkeit eine Modifikation erhalten hat, und ein solcher Erbzins in dieser Beziehung nun der mit einem Vorzugs- oder Unterpfandsrecht versehenen Erbrente gleich kommt, so trifft immerhin eine andere wesentliche Verschiedenheit zwischen dinglichen und sachartigen Rechten auch hier noch ein. Sie besteht darin, daß bei der Erbrente eine persönliche Verbindlichkeit des Rentenschuldner's besteht, zu welcher das Pfand- oder Vorzugsrecht nur ein sicherndes Nebenverhältniß bildet, während bei der dinglichen Last des Erbzinses kein persönlicher Schuldner vorhanden ist, sondern das Recht nur auf das Gut selbst, beziehungsweise auf eine Abgabe von dem Genusse des Guts (hier des Zehntens) geht. — S. 710 I a und I g.

Diese Verschiedenheit hat folgende Wirkungen:

a) handelt es sich um eine dingliche Last (Zehntlast oder Erbzins vom Zehnten), so kann der Berechtigte von jedem Besitzer die während seines Besitzes verfallenden Abgabebeträge nach Satz 710 I g und I a unbedingt und direkt fordern, und er kann diese Beträge aus dem Vermögen des Besitzers unbeschränkt beitreiben lassen.

Ist dagegen die Abgabe nur eine mit Vorzugs- oder Unterpfandrecht versehene Erbrente, so kann der Berechtigte den 3ten Besitzer nur in den Formen des Satzes 2169, also nur unter gleichzeitiger Aufforderung des persönlich verpflichteten Hauptschuldners belangen, und nicht auf das Vermögen desselben überhaupt, sondern nur auf das Unterpfandsgut greifen.

b) der 3te Besitzer des Unterpfands kann aber unter der letztern Voraussetzung nach Satz 2169 auch hinsichtlich der vor seinem Erwerb des Guts verfallenen Rentenbeträge belangt werden, soweit nach Satz 2151 das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht derselben bewahrt ist. Dagegen kann bei einem Erbzinse der 3te Besitzer nach Satz 710 I h für gar keinen (vor seinem Erwerb fällig gewordenen) Rückstand belangt werden.

c) Wegen des Erbzinses kann nach Satz 710 I h auf das Grundeigenthum des Zinsguts nicht gegriffen werden; wogegen bei einer durch Vorzugs- oder Unterpfandsrecht gesicherten Erbrente nach Satz 2168 und 2169 der Zugriff für die einzelnen Zinse ebenso, wie für das Capital, auf das Grundeigenthum des Pfandguts statt findet.

d) Die in den Sätzen 2181—2192 vorgeschriebenen Formen, wie der dritte Besitzer sein Gut von Vorzugs- und Unterpfandlasten befreien kann, befreien denselben im obigen Falle nur, wenn die Abgabe eine Erbrente ist; sie sind aber ohne Wirkung, wenn dieselbe eine Zehntlast, d. h. ein vom Zehnten zu zahlender Erbzins ist.

Digitized by Google

Der wichtigste Unterschied besteht übrigens

e) überhaupt darin, daß bei dem Erbzins nur der Besitzer als solcher zinspflichtig, ein persönlicher Schuldner aber nicht vorhanden ist, daß also der Zinspflichtige, welcher das Gut verkaufte, für die künftig verfallenden Zinse gar nicht mehr haftet, während bei einer durch Vorzugs- oder Unterpfandsrecht gesicherten Erbrente derjenige, der dieselbe durch Kauf oder Darleihen oder wie immer constituirte, auch im Falle der Veräußerung des Guts, worauf sie haftet, als der persönliche Hauptschuldner fortan verbindlich bleibt.

Zu II. Eine Rente als Zehntlast, d. h. eine vom Genuß des Zehntens zu bezahlende, somit dinglich auf dem Zehnten haftende Rente kann übrigens seit Einführung des neuen Landrechts gar nicht mehr constituirt werden.

Der Satz 710 kb sagt:

„neue Gülten und Zinsen können anders nicht als in der Form von Erbrenten nach S. 530 errichtet werden."

Neue Zinsen als dingliche Lasten, im Gegensatz der blos Sachartigen (mit Vorzugs- oder Unterpfandsrecht versehenen), konnten also seit dem 1. Januar 1810 nicht mehr errichtet werden, sondern nur Erbrenten im Sinne der S. 530 und 1909, somit nur persönliche Ansprüche an einen Rentenschuldner, die übrigens wie Forderungen jeder Art durch Vorzugs- oder Unterpfandsrechte gesichert sein können. — Der S. 543 a zählt die Sachenrechte auf, die das Landrecht fernerhin anerkennt. — Darunter kommen keine Zehntlasten vor, als jene, von welchen die Sätze 710 da bis 710 dd sprechen.

Wäre also auf eine (in diesen letztern Sätzen nicht erwähnte) Abgabe der oben bezeichneten Art der Satz 710 kb auch nicht einmal anwendbar, so würde dieselbe schon nach Satz 543 a nicht mehr als ein dingliches Recht constituirt werden können.

Uebrigens fällt, wie oben gezeigt, eine derartige Abgabe allerdings unter den im Satz 710 ka aufgestellten Begriff von Erbzinsen; das Zinsgut ist der Zehnten von dessen Genuß die jährliche Abgabe entrichtet werden soll.

Der Satz 710 kb findet also auf sie ohne Zweifel Anwendung. D. Red.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Steht dem kirchenbaupflichtigen Zehntherrn hinsichtlich der im §. 15 des Baueditkes der Kirchspielsgemeinde aufgelegten Baubilfe gegen diese eine Klage zu und welche?

Für die Beantwortung derselben Frage enthält Nr. 18 des Jahrgangs 1841 dieser Zeitschrift einen Aufsatz, der über die verschiedenen Ansichten Bericht gibt, welche bei dem ersten Senate des hiesigen Gerichtshofes in den neueren Fällen zur Berathung kamen.

In der jüngsten Zeit sprach sich in demselben Senate die Mehrheit bei einem ähnlichen Falle in anderer Weise aus, als es nach dem gedachten Bericht in Nr. 18 früher geschehen war. Hier galt es wieder die zwei Fragen:

1) Kann die Kirchspielgemeinde, ohne daß ein Baufall vorliegt, schon auf Anerkennung ihrer Baubilfe durch Leistung von Hand- und Spannfrohnden gerichtlich belangt werden?
2) Ist nur die Kirche oder auch der kirchenbaupflichtige Zehntherr befugt, die Klage auf Anerkennung oder auf Erfüllung jener Frohndpflicht anzustellen.

Beide Fragen wurden von der Majorität bejaht, und zwar die erste, welche früher verneint worden war, jetzt mit allen Stimmen, die zweite aber mit vier Stimmen gegen Eine, welche an der in gedachtem früheren Aufsatze dargestellten Ansicht festhielt. Die Gründe sind folgende:

Zu I. Die im §. 15 des Baueditkes (R. Bl. v. 1808, Nr. 13) der Kirchspielgemeinde aufgelegte Verbindlichkeit, zu Kirchenbauten Hand- und Spannfrohnden zu leisten, gereicht einerseits dem Besitzer eines bestimmten Gutes, nämlich der Kirche, zum Besten, und belastet anderseits nur diejenigen, welche innerhalb des Kirchspielbezirks ansässig sind; sie beruht auf der Ortsässigkeit in einem bestimmten dienstbaren Bezirke, und das gegenüberstehende Recht haftet an dem Dasein einer bestimmten Liegenschaft, d. i. der betreffenden Kirche. Es finden sich also bei dieser Frohndpflicht die Voraussetzungen einer Grundpflichtigkeit, Landrechtssatz 710 g a, wozu Landrechtssatz 710 g q auch die Frohnpflichtigkeit ausdrücklich rechnet, und namentlich bei den im Gegensatz zu den welzenden Frohnden sogenannten

Digitized by Google

persönlichen Frohnden, sofern diese auf einer säſſigen Frohndpflicht beruhen, d. h. auf der Frohndbarkeit einer gewissen Gemarkung. Brauer, Erl. I. 574 V. 253. Unser Gesetzbuch stellt aber die Grundpflichtigkeiten den Grunddienstbarkeiten zur Seite, als Rechtsverhältnisse von ähnlicher dinglicher Natur, und dieß berechtigt die über die letzteren gegebenen Bestimmungen, wo immer thunlich, auf die ersteren rechtsähnlich anzuwenden. Alsdann muß aber auch hier dem Frohndherrn die Belaſtungsklage (actio confessoria) eingeräumt werden; diese ist jedoch nicht von dem Bedürfnisse des Gebrauches bedingt, sondern zur Begründung genügt die Behauptung eines Rechtes und daß der Verpflichtete es nicht anerkennen wolle. Demnach ist also der Frohndherr an der Anstellung dieser Klage keineswegs dadurch gehindert, daß noch nicht der Fall da ist, wo gebaut wird, und wo von der Kirchspielgemeinde die wirkliche Leistung der Baufrohnden begehrt werden kann. Er kann schon zur vorsorglichen Feststellung seines Rechtes Klage erheben.

Zu II. Indem das Bauedikt §. 15 die bemerkte Frohndpflicht der Kirchspielgemeinde als Regel einführt, sagt es in keiner Weise, daß dieß nur zu Gunsten der Kirche selbst geschehe. Vielmehr wird, nach der Festsetzung, wem die Pflicht zum Kirchenbau obliege, und nachdem dieser Baupflichtige mit dem Namen Bauherr bezeichnet worden ist, ganz allgemein ausgesprochen, daß die fraglichen Frohnden zu dem Kirchenbau zu leisten seien. Dieselben haben mithin das Wesen einer Hilfeleistung zum Bauen, einer Bauhilfe; — eine Hilfe gereicht aber zunächst dem zum Vortheil, dem die Besorgung eines Werkes im Ganzen obliegt. Hier sind keine Vertrags-Bestimmungen in Frage, sondern Alles beruht auf der Anordnung des Gesetzes. Es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß das Gesetz bei Festsetzung dieser Frohndpflicht ausdrücklich erklären konnte, daß dieß zu Gunsten der Kirche und des Bauherrn geschehe; auch wäre die Zweckmäßigkeit einer solchen Bestimmung nicht zu bestreiten, weil dem Baupflichtigen am meisten daran liegen muß, daß er eine Hülfe zum Bauen habe, und daß er solche sich rasch und sicher verschaffen könne. Erscheint aber eine solche Bestimmung als vernünftig und zweckmäßig, so hindert uns nichts, die allgemeine Fassung des Gesetzes im weiteren und naturgemäßen Sinne zu verstehen, und einer beschränkenden Auslegung würde der bekannte Grundsatz im Wege stehen: daß, wo der Gesetzgeber allgemein spricht, der Richter ohne die dringendsten Gründe für eine andere Absicht keine Unterschiede ins Gesetz tragen darf, dazu kommt, daß auch der Name Bauherr die weitere Auslegung unterstützt, denn in unserer Gesetzsprache wird der Ausdruck Herr bei dinglichen Dienstbarkeiten nur dem beigelegt, welchem ein Recht auf eine bestimmte dingliche Pflichtigkeit eingeräumt ist, dieß beweisen die Benennungen Zehntherr, Giltherr, Bannherr, Frohndherr. Der Baupflichtige wird in der That nur dadurch Bauherr, daß ihm das Recht auf die Baufrohnden der Kirchspielgemeinde zusteht, denn im Uebrigen ist er der Kirche dienstbar. Versteht man nun das Gesetz in jenem allgemeinen Sinne, so kann zweierlei gewiß nicht bestritten werden, nämlich: 1) daß der Bauherr, wenn er bauen muß, selbst die Kirchspielgemeinde zur Erfüllung ihrer Frohndpflicht gerichtlich belangen darf; — 2) daß aber auch die Kirche es kann, und daß dieselbe überdieß auch schon vor dem Eintritt eines Bauwesens befugt ist, durch die Belastungsklage (actio confessoria), die vorläufige Feststellung der Baufrohndpflicht zu bewirken. Denn die Kirche, als ideale Persönlichkeit, ist die Eigenthümerin und Besitzerin des Kirchengebäudes, somit der Liegenschaft oder des Gutes, zu dessen Gunsten die Kirchspielgemeinde ihr, beziehungsweise dem Baupflichtigen, frohndpflichtig ist, es findet sich also hier gänzlich die Voraussetzung, welche Landrechtsatz 710 g a bei Grundpflichtigkeiten auf Seite des Berechtigten erfordert, d. h. daß er als Besitzer eines gewissen Gutes berechtigt sei, oder mit andern Worten, daß die Berechtigung einer Liegenschaft so anhänge, daß sie nur von dem Besitzer derselben ausgeübt werden könne. Die Stellung des Bauverpflichteten ist nun freilich etwas anders. Dieser ist weder Eigenthümer noch Besitzer der Kirche. Aber zwei Umstände sind es, welche sein Recht auf die Bauhilfe ebenfalls an ein dingliches Rechtsverhältniß knüpfen. Dieses Recht ist Zugehörde der Baupflicht und diese ruht auf dem Zehntrecht einer liegenschaftlichen Berechtigung. Landrechtsatz 506 a. Sodann ist aber diese Baupflicht selbst auch auf dem Dasein einer Liegenschaft, d. h. der Kirche bedingt; somit haftet also das an diese Baupflicht gebundene Recht auf die Bauhilfe ebenfalls auf der Kirche. Der Bauverpflichtete tritt mithin hier kraft eines liegenschaftlichen Rechtsverhältnisses in die Stellung der Kirche als Bauherr; sein Recht auf die

Digitized by Google

Bauhilfe ist in gleicher Weise, wie das Recht der Kirche auf diese Bauhilfe, vor dem Dasein des Kirchengebäudes bedingt. Solchen in dinglicher Weise Berechtigten ist immer die actio confessoria utilis zugestanden worden; ja Brauer Erl. V. S. 248 räumt diese unbedenklich auch dem Nutznießer ein †). Aschbach.

III.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Mandatsprozeß.

Kann auf Heimzahlung eines Darlehens geklagt werden, ehe die vorbehaltene Aufkündigung erfolgte; und genügt es, wenn nur eine dem Aufkündigungstermin gleiche Zahlungsfrist in den unbedingten Befehl aufgenommen wird?

Diefenbronnersche Erben gegen Raupp'sche Eheleute.

Diese beiden Fragen wurden in den Entscheidungsgründen zu einem Urtheile vom 7. Juli 1840 bejaht.

„Die Beklagten haben auf den von dem Unterrichter gegen sie erlassenen unbedingten Befehl vom 18. Jänner d. J. einwendend vorgetragen:

1) Die erhobene Klage finde zur Zeit nicht statt, weil bei dem eingeklagten Darleihen vierteljährige Aufkündigung ausbedungen, in der aber nicht behauptet (was auch von ihrer Seite widersprochen werde), daß die Aufkündigung vor einem Vierteljahre geschehen sei; jedenfalls sei

2) der unbedingte Mandatsprozeß nicht zulässig, weil über die Aufkündigung, einen wesentlichen Bestandtheil des thatsächlichen Klagegrundes, keine öffentliche Urkunde vorliege.

Die Verwerfung dieser Einreden in dem unterrichterlichen Bescheid vom 11. Februar d. J. bildet den Grund der Appellationsbeschwerden; es fragt sich also, ob und in wie weit dieselben begründet seien.

Nach Landrechtssatz 1186, 1187 kann allerdings die Rückzahlung eines Darleihens, bei welchem vorherige Aufkündigung ausbedungen wurde, nicht gefordert werden, ehe die Aufkündigungsfrist umlaufen ist; in so fern daher die Kläger nicht behaupteten, daß seit der Aufkündigung ein Vierteljahr verflossen sei, konnten sie die Rückzahlung ihrer Darleihe mit kurzer Frist zur Zeit überhaupt noch nicht verlangen, und da sie über die Aufkündigung keine öffentliche Urkunde vorzulegen vermochten, so konnten sie namentlich nicht fordern, daß ein unbedingter Befehl auf alsbaldige Rückzahlung gegen die Beklagten erlassen werde. Prozeßordnung §. 702.

Dagegen konnten die Kläger die Aufkündigung mit dem Begehren der Heimzahlung in der Art verbinden, daß sie den Antrag stellten, den Beklagten aufzugeben, die fragliche Darleihe sammt Zinsen nach Ablauf der Aufkündigungsfrist zurückzuzahlen; und sie konnten verlangen, daß diese Auflage in der Form eines unbedingten Befehls an die Beklagten erlassen werde, wenn sie alle Thatsachen, auf welche ihr Begehren sich gründet, mit Ausnahme der vierteljährigen Aufkündigung sofort durch fehlerfreie öffentliche Urkunden zu erweisen vermochten.

Nun haben die Kläger über den ganzen thatsächlichen Klagegrund mit Ausnahme der Aufkündigung Urkunden als öffentliche vorgelegt, welche der Prüfung des diesseitigen Gerichtshofs nicht unterliegen, weil deren Beweiskraft in formeller und materieller Beziehung von den Beklagten weder in erster noch in zweiter Instanz beanstandet wurde.

---

†) In mehreren vorgekommenen Fällen hat das Oberhofgericht (zweiter Senat) beide Fragen aus ähnlichen Gründen in gleicher Weise entschieden. In Bezug auf die zweite Frage beruhte die Entscheidung übrigens hauptsächlich auf der Betrachtung, daß, da der Zehntherr die Klage aus Anlaß der Zehntablösung erhob, die Zulässigkeit derselben schon durch den §. 73 das Zehntablösungsgesetzes begründet sei. Das Gesetz konnte, wenn über das Dasein oder den Umfang von Zehntlasten (wohin auch die fragliche zehntherrliche Kirchenbaupflicht gehört) bei Ablösung des Zehntens Streit entsteht, zur Herbeiführung einer (hier nothwendigen) Entscheidung zweierlei Wege wählen: entweder sollte in dem Streite über die Größe des dem Zehntherrn zu bezahlenden Ablösungskapitals zugleich über den etwa widersprochenen Bestand oder Umfang der Last als über einen Punkt, wovon die Größe des herauszubezahlenden Kapitals abhängt, mit entschieden werden, — oder man mußte den Streit über das Dasein und den Umfang der Last vom Verfahren über die Größe des Kapitals ausscheiden und zum besondern Austrag verweisen. Letzteres will der §. 73 des Gesetzes, wornach das Verfahren über die Größe des Kapitals mit Vorbehalt besonderer Entscheidung über das Dasein und den Umfang der Lasten vor sich geht. Eine nothwendige Folge dieser gesetzlichen Bestimmung ist es also, daß jeder Betheiligte durch eine Klage die Entscheidung über Dasein und Umfang der Last herbeiführen könne. D. Red.

Digitized by Google

Die Kläger konnten also auf den Grund ihrer Klage einen unbedingten Befehl mit Frist von drei Monaten verlangen; und da sie mehr, nämlich einen unbedingten Befehl mit der kürzeren Frist von drei Wochen verlangt hatten, so war es Obliegenheit des Richters, ihnen das Wenigere, was sie zu fordern berechtigt waren, zuzuerkennen.

Da hiernach die Beklagten durch den gegen sie ergangenen unbedingten Befehl nicht beschwert sind, so mußte es bei dem unterrichterlichen Bescheid, wodurch derselbe bestätigt wurde, sein Bewenden behalten, und zugleich die Beklagten, als unterliegender Theil, nach Prozeßordnung §. 168, 169 in die Kosten dieser Instanz verfällt werden. — Ueber die Kosten der ersten Instanz zu erkennen, hatte der Gerichtshof keine Veranlassung, weil hierüber der Unterrichter noch nicht erkannt, und keine von beiden Parteien sich deßhalb beschwert hat. Prozeßordnung §. 1164."

Abweichendes Votum.

Der unterrichterliche Bescheid scheint mir gegen den Grundsatz zu verstoßen, daß eine Klage nur dann begründet ist, wenn ein Recht des Klägers verletzt wurde. So lange die Kläger von dem vorbehaltenen Aufkündigungsrecht nicht Gebrauch gemacht hatten, und die bedungene Aufkündigungsfrist nicht abgelaufen war, hatten die Kläger kein Klagrecht. Nun behauptet die Klage nicht, daß gerade die festgesetzte Aufkündigungsfrist von drei Monaten umflossen sei, ohne daß der Beklagte seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet habe, sondern es wird dort nur von einer „längst" geschehenen Aufkündigung gesprochen, was offenbar nicht genügt.

Wäre aber auch jenes behauptet, so war doch die Bitte um einen unbedingten Zahlbefehl unstatthaft, weil die Aufkündigung nicht durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen war, sondern, wie die Kläger in der Eingabe vom 17. Januar 1840 zugestehen, nur mündlich aufgekündigt wurde. Die Erfordernisse eines unbedingten Mandats müssen strenge genommen werden, weil diese Prozeßart eine Abweichung von dem ordentlichen Verfahren ist, und dem Beklagten oft empfindliche Nachtheile bringt.

Damit, daß statt der implorirten dreiwöchigen eine dreimonatliche Zahlungsfrist in den Befehl aufgenommen wurde, dürfte das Fehlende nicht ergänzt sein. Denn einmal ist, wie gesagt, bevor actio nata, jedes Gesuch um einen unbedingten Zahlungsbefehl zur Zeit ungegründet; sodann liegt eine wesentliche Verschiedenheit in einer bloß unter den Vertragspersonen bedungenen Frist von einer richterlich festgesetzten, und zwar in einem mandatum sine clausula enthaltenen Frist. Dazu kommt noch, daß die angefochtene unterrichterliche Verfügung vom 18. Januar 1840 die Beklagten jedenfalls dadurch beschwert, daß ihnen befohlen wird, binnen drei Monaten bei Zugriffsvermeidung zu zahlen, während sie nach dem Vertrag nur nach vollständigem Ablauf der Aufkündigungsfrist, also nach drei Monaten, das Darlehen heimzuzahlen haben.

Recht augenfällig wird das Beschwerende des unterrichterlichen Erkenntnisses bei Erwägung des Kostenpunkts. Nach §. 168 der Prozeßordnung soll die Schuldigkeit zum Ersatze der Prozeßkosten nach den Grundsätzen über die Pflicht zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens beurtheilt werden. Welches Unrecht hat nun Beklagter den Klägern zugefügt? Er hat ihnen ein Kapital noch nicht heimbezahlt, weil es ihm noch gar nicht aufgekündigt war. (Denn die nicht durch öffentliche Urkunde bewiesene Aufkündigung muß hier nach §. 702 der Prozeßordnung als nicht geschehen betrachtet werden.)

Die Beklagten ergriffen die Oberappellation. Die Sache kam aber bei dem obersten Gerichtshofe nicht zur Entscheidung, sondern wurde verglichen.

v. Stockhorn.

IV.

Ist die Bestimmung des Handelsrechtssatzes 51 auch auf Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen anwendbar?

Nach den in dieser Zeitschrift zur öffentlichen Kenntniß gelangten gerichtlichen Entscheidungen wurde diese Frage schon öfter, namentlich von den Hofgerichten des Ober-, des Mittel- und des Unterrheinkreises bejaht.

Annalen 3ter Jahrgang Seite 8.
„ 6ter „ „ 7 u. 8.
„ 7ter „ „ 12—15.

Auch der zweite Senat des großherzoglichen Oberhofgerichts hat die dießfällige Ansicht des Hofgerichts des Unterrheinkreises getheilt, und deren Motivirung adoptirt.

Digitized by Google

Oberhofg. Jahrbücher von 1838 und 1839 Seite 467 und 468.

In zwei neulich vor dem ersten Senat des Hofgerichts des Mittelrheinkreises verhandelten Fällen kam diese Frage zur Erörterung und Entscheidung, wo sie einstimmig aus nachstehenden Gründen verneint wurde:

Die gebietende Verfügung des Anhangssatzes 51, „daß jeder Streit zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten durch Schiedsrichter entschieden werden müsse", ist eine die Freiheit beschränkende Ausnahme von dem gemeinrechtlichen, in den §. 1. unserer Prozeßordnung aufgenommenen Grundsatz, daß alle bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, insofern die Parteien sich nicht über Schiedsrichter vereinigen, vor den zuständigen bürgerlichen Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden seien.

Bekannt und unbestritten ist die Regel der Auslegungskunst, daß ein Ausnahmsgesetz schlechthin auf den Fall zu beschränken sei, von dem es ausdrücklich spricht:

L. 14. L. 15. D. de legibus.
Zachariä, Handb. des Fr. C. R. 4te Aufl. S. 85 et 86.

Ebenso unbestritten ist die weitere Interpretationsregel, daß ein jedes Gesetzbuch aus sich selbst, also jeder einzelne Artikel theils mit sorgfältiger Erwägung seiner Wortfassung theils in dem Sinne ausgelegt werden soll, welchen er, durch seinen Zusammenhang mit andern Bestimmungen desselben Gesetzbuches erhält.

L. 14. D. de legib.
Landrechtssatz 1161.
Zachariä a. a. O. Seite 84 §. 89.

Ausdrücklich nun spricht das fragliche Ausnahmsgesetz (Anhangssatz 51) nur allein von den Streitigkeiten der Handelsgesellschafter, unter welch letzterem Ausdrucke man sowohl im gewöhnlichen Leben, als in der juridischen Sprache die Mitglieder einer Handelsgesellschaft versteht.

Daß im Sinne des Handelsgesetzbuches nicht jede — zum Zwecke eines oder einiger Handelsgeschäfte — eingegangene Gesellschaft als eine Handelsgesellschaft zu betrachten sei, — ist in diesem Gesetzbuche selbst ganz klar und unzweideutig ausgesprochen, indem dasselbe im ersten Kapitel des dritten Titels ausdrücklich zwischen Handelsgesellschaften und Gesellschaften für einzelne Handelsgeschäfte unterscheidet, als Handelsgesellschaften im Satz 19 nur drei Gesellschaftsarten, die offene, die vertraute und die unbenannte, bezeichnet und erkennt, sofort in den folgenden Sätzen 20 bis 46 deren Wesen und Formen bestimmt, und dann erst in den Sätzen 47 bis 50 von den Gesellschaften für einzelne Handelsgeschäfte handelt, diese Gesellschaften aber zur Unterscheidung von den Handelsgesellschaften mit dem eigenthümlichen Namen „Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen" belegt, diese unterscheidende Benennung im Satz 47 noch durch den Druck besonders hervorhebt, und dieselbe Benennung auch in den unmittelbar nachfolgenden — dieser Art der Gesellschaften gewidmeten Sätzen 48 bis 50 beibehält und wiederholt.

Nachdem der Gesetzgeber so sorgfältig und bestimmt zwischen Handelsgesellschaften und Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen im ersten Kapitel des dritten Titels unterschieden und ihre Begriffe festgestellt hatte, läßt sich vernünftig nicht annehmen, daß er im unmittelbar darauf folgenden Satz 51 diesen Unterschied aufgegeben und unter dem Ausdruck Handelsgesellschaften die Mitglieder aller im vorhergehenden Kapitel bezeichneten Verbindungen oder Gesellschaften habe begriffen wissen wollen.

Daß dieß wenigstens nicht die Absicht des badischen Gesetzgebers gewesen sei, dafür bürgt die Aeußerung des Staatsraths Bauer im vierten Bande seiner Erläuterungen zum Landrecht Seite 397, wo dieser Redakteur des badischen Handelsgesetzbuches sagt:

> „ebensowenig (kann man sich auf diesen nothwendigen „Austrag, oder auf den Anhangssatz 51 berufen) in „Sachen, welche bloße Handelsverbindungen „betreffen, als, welche unser Recht nicht zu „den Handelsgesellschaften rechnet, sondern von ihnen in Absicht ihrer Rechtseigenschaften „unterscheidet."

Ein großes Gewicht legen die Gegner dieser Ansicht darauf, daß unser Handelsgesetzbuch aus dem französischen Code de commerce abstamme, und daß die französische Jurisprudence schon längst anerkenne, daß sich der Art. 51 auch auf die aus Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen (association en participation) entstehende Streitigkeiten beziehe, und daher auch diese an Schiedsrichter verweise, dabei scheint man aber übersehen zu haben,

Digitized by Google

daß der Satz 51 des badiſchen Handelsgeſetzbuches keineswegs eine bloße Ueberſetzung des Art. 51 des franzöſiſchen Code de Commerçe ſei, ſondern zwiſchen beiden Geſetzen der weſentliche Unterſchied beſtehe, daß das letztere ohne Beſchränkung von den Streitigkeiten der Geſellſchafter ſpreche, daher ſeinem Wortlaute nach auf die Streitigkeiten der Mitglieder aller jener Geſellſchaften paſſe, von welchem in dem Handelsgeſetzbuche überhaupt die Rede iſt,

„Toute contestation (ſo lautet nämlich der franzöſiſche Text) entre *associés*, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres.“

Wogegen unſer Anhangsſatz 51 ſtatt des allgemeinen Ausdruckes „Geſellſchafter“ ſich des beſchränkenden Wortes Handelsgeſellſchafter bedient, was nach der oben angeführten Aeußerung Brauer's nicht als ein Ueberſetzungsfehler, ſondern als eine abſichtliche Veränderung oder nähere Beſtimmung des geſetzgeberiſchen Willens angeſehen werden muß.

Aber auch Grund und Zweck der im fraglichen Geſetze ausgeſprochenen Nöthigung zur ſchiedsrichterlichen Entſcheidung der ſich unter den Geſellſchaftern erhebenden Streitigkeiten tritt bei Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen weit weniger ein, als bei eigentlichen Handelsgeſellſchaften. In dieſen letzteren beſteht ein dauerndes Vertragsverhältniß zur gemeinſchaftlichen Betreibung von Handelsgeſchäften als Gewerb und Beruf, während jene nur eine vorübergehende Vereinigung der Theilhaber zu einer einzigen oder einigen Handelsſpeculationen begründen.

Bei den eigentlichen Handelsgeſellſchaften ſteckt gewöhnlich das ganze oder der größte Theil des Vermögens der Theilhaber in dem Handel, der ihr Lebensberuf iſt, während für die einzelnen Handelsunternehmungen auch nur kleinere Vermögenstheile, beſtimmte — dem Hauptberufe der Theilnehmer entbehrliche Summen, verwendet werden. In den erſteren liegt wegen ihres größeren Umfangs und längerer Dauer weit mehr Stoff zu Mißverſtändniſſen, Verwicklungen, und verwirrten Streitigkeiten unter den Geſellſchaftern, deren Privatintereſſe ſowohl, als das öffentliche Intereſſe eine wohlfeilere und ſchleunigere Schlichtung ſolcher Streitigkeiten erheiſcht, als von den an proceſſualiſche Formen gebundenen ordentlichen Gerichten zu erwarten wäre, damit nicht das betreffende Handelsgewerb in Stocken gerathe, der Credit leide, die Fonds dem Verkehr auf längere Zeit entzogen, und ſelbſt der Unterhalt der Geſellſchaften gefährdet werde. Der Wunſch und die Pflicht, derartigen Nachtheilen möglichſt vorzubeugen, oder wenigſtens deren Dauer abzukürzen, mögen in den Augen des Geſetzgebers das Gebot für die Theilhaber der eigentlichen Handelsgeſellſchaften, ihre Streitigkeiten über Geſellſchaftsangelegenheiten durch Schiedsrichter entſcheiden zu laſſen, gerechtfertigt haben, wogegen der gleiche Zwang gegen die — blos zu einzelnen Handelsunternehmungen Verbundenen, ſich aus gleichen Gründen nicht rechtfertigen ließe, da bei Verbindungen der letztern Art die Verhältniſſe in der Regel ſich einfacher geſtalten, jene Beſorgniſſe zum Theil gar nicht, jeden Falls nur in weit geringerem Maaße eintreten, und daher mehr Eile für die Eröffnung und Entſcheidung der daraus erwachſenden Prozeſſe als für die Entſcheidung anderer Geſellſchaftsprozeſſe des gemeinen Rechts nicht nothwendig erſcheint.

Mag man ſich alſo bei Auslegung des Anh. S. 51 an den vom Geſetzgeber ſelbſt feſtgeſetzten Wortverſtand halten, oder Grund und Zweck des Geſetzes zu Rath ziehen, — in beiden Fällen gelangt man zu dem Reſultate, daß der Anh. S. 51 auf Streitigkeiten zwiſchen Geſellſchaftern für einzelne Handelsunternehmungen nicht anwendbar ſei.

Wären übrigens die bisher entwickelten Gründe auch unzureichend, volle Ueberzeugung vor der Richtigkeit des daraus gezogenen Schluſſes der Nichtanwendbarkeit zu gewähren, ſondern blos geeignet, die Anwendbarkeit als zweifelhaft darzuſtellen, ſo wäre damit ſchon die Nichtanwendbarkeit entſchieden, weil im Zweifel ein Zwangsgeſetz vom Richter nicht angewendet werden darf.

Obkircher.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 2. Januar 1842.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Was ist unter dem Ausdruck „Ausfertigung einer öffentlichen Rechtsurkunde" im Landrechtssatz 1283 zu verstehen?

Hierüber drücken sich die Entscheidungsgründe zu dem Urtheile vom 25. August 1840 Nro. 9826, erster Senat, so aus:

Appellant sucht seine Beschwerde gegen den Inhalt des unterrichterlichen Bescheides mit der in dieser Instanz neu vorgebrachten Thatsache zu begründen:

> Daß die Amtsrevisorats-Ausfertigung des Vertrags vom 20. Oktober 1837 dem Beklagten freiwillig zurückgegeben worden sei, folglich die Einrede der Zahlung oder Erlassung der dort beurkundeten Schuld — nach Landrechtssatz 1283 — der Klage entgegenstehe.

Allerdings verordnet der angeführte Landrechtssatz, daß die freiwillige Zurückgabe der Ausfertigung einer öffentlichen Rechtsurkunde die Vermuthung begründe, die Schuld sei erlassen oder bezahlt; und es fragt sich nun, was das Gesetz unter der „Ausfertigung einer öffentlichen Rechtsurkunde" verstanden wissen will. Es ist die Uebersetzung der Worte: „la grosse du titre."

Dieser Ausdruck des Urtextes bezeichnet die von einem Notar gefertigte, mit der executorischen Formel versehene Abschrift einer von ihm aufgenommenen Rechtsurkunde, deren Original (minute) in den Händen des Notars verbleiben muß, während die Grosse die einzige Urkunde ist, welche den Parteien zugestellt wird, welche aber auch genügt, um die Vollstreckung des darin beurkundeten Vertrags bloß auf Vorlage derselben bei den Vollstreckungsbeamten, und zwar ohne allen richterlichen Befehl, zu erwirken. Die Wichtigkeit dieser Ausfertigung (grosse) ist der Grund, warum der Artikel 26 des französischen Gesetzes über das Notariat dem Notar bei Strafe der Dienstentsetzung verbietet, eine weitere Ausfertigung ohne eine Ordonnanz des Gerichtspräsidenten einer Partei zu verabfolgen. Das nämliche Motiv liegt dem Art. 1283 des Code civil zu Grunde. Derjenige Gläubiger, welcher eine so wichtige Urkunde seinem Schuldner freiwillig zurückgibt, und sich dadurch des paratesten Mittels zur zwangsweisen Vollziehung des Vertrags gegen seinen Schuldner begibt, begründet damit die Vermuthung, er habe die Schuld erlassen oder Zahlung dafür empfangen. Vergleiche Landrechtssatz 1282.

Die badische Gesetzgebung kennt das Verhältniß der Grosse zur Minute nicht, und kein badischer Notar oder Staatsschreiber ist befugt, irgend einer Urkunde eine wirksame Executionsformel beizufügen. Da nun das Gesetz nicht näher erläutert, was es unter dem Ausdruck des Landrechtsatzes 1283 „Ausfertigung einer öffentlichen Rechtsurkunde" versteht, so ist es Sache des Richters, nach dem Geiste des Gesetzes die eigentliche Bedeutung jener Worte festzusetzen. Hiernach ist klar, daß eine bloße Abschrift einer öffentlichen Urkunde, sei sie auch von demselben Staatsschreiber, welcher die Urschrift errichtete, gefertigt, keineswegs die bedeutende rechtliche Wirkung haben kann, welche einer Ausfertigung im Landrechtssatz 1283 beigelegt wird; denn solche Abschriften kann sich jede Partei in beliebiger Anzahl fertigen lassen, und die Uebergabe einer solchen an die Gegenpartei erscheint hiernach als eine ganz gleichgültige Handlung, welche nicht einmal eine gemeine Vermuthung (Landrechtssatz 1353), noch weniger eine gesetzliche, zu begründen

Digitized by Google

geeignet wäre. Es muß vielmehr ein Original oder eine, die Stelle des Originals nach gesetzlicher Vorschrift vertretende, nicht ohne Wissen und Willen der Gegenpartei oder der betreffenden obrigkeitlichen Behörde auszufertigende Abschrift sein, wie z. B. eine mit Zustimmung aller Betheiligten gefertigte Copie.

Dieses Ergebniß der logischen Auslegung des Gesetzes wird durch den Inhalt des Landrechtssatzes 1335 Abs. 1 *) gerechtfertigt; denn dort hat der Gesetzgeber ausgesprochen, daß er unter „Ausfertigung" eine Urschrift verstanden wissen wolle.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so könnte Appellant den Landrechtssatz 1283 nur dann für sich anrufen, wenn er behauptete, die ihm zurückgegebene sogenannte Ausfertigung sei eine Urschrift oder eine ihr gleichgeltende Urkunde gewesen. Da aber sein Anwalt auf richterliches Befragen bei der heutigen Verhandlung erklärte:

> die Urschrift des Vertrags sei bei dem Stadtamtsrevisorat geblieben, und Dasjenige, was Beklagter zurückerhielt, sei nur eine vom Amtsrevisorat herrührende Ausfertigung; so ergibt sich hieraus, daß Beklagte keine Urschrift und keine ihr gleichgeltende Abschrift zurückerhielt. Die auf Landrechtsatz 1283 gebaute Einrede ist daher nicht gegründet.
>
> v. Stockhorn.

II.

Ueber die Zulassung des Editionseides.

(G. in Bühl gegen Ad. B. in Rastadt.)

In einem bei dem Stadtamt Freiburg anhängigen Prozesse produzirte der Kläger mit der Beweisantretungsschrift im Original zwei vom Beklagten ihm geschriebene Briefe, wovon er vorher anticipando schon Abschriften vorgelegt hatte.

Als die Tagfahrt über Anerkennung oder Abläugnung dieser Briefe abgehalten werden sollte, fanden sich dieselben nicht mehr bei den Akten. Vorher waren die Akten zur Einsicht des Beklagten nach Rastadt geschickt, und der Beklagte erklärte, daß jene beiden Briefe sich hier schon nicht mehr bei den Akten befunden haben. Alle amtliche Nachforschung vermochte nicht, sie wieder beizubringen.

Nun erhob der Kläger eine Editionsklage gegen den Beklagten, und schob ihm den Editionseid nach §. 789. der Prozeßordnung dahin zu, daß er die beiden Originalurkunden weder besitze, noch daß er sich des Besitzes entäußert habe, um den Rechtsstand des Klägers zu verschlimmern, auch nicht wisse, wo sich dieselben gegenwärtig befinden.

Der Beklagte wendete ein, er sei nicht schuldig, diesen Eid zu schwören, denn

1) damit, daß der Kläger anerkanntermaßen diese Urkunden zu den Akten gegeben habe, sei ja bewiesen, daß er, der Beklagte, dieselben nicht besitze;

2) in sofern aber behauptet werden wolle, der Beklagte habe die Urkunden von den Akten genommen und unterschlagen, finde nach dem §. 569 der Prozeßordnung die Eideszuschiebung so lange nicht statt, als nicht diesfalls ein Strafverfahren eingeleitet und erledigt sei.

Das Stadtamt Freiburg erkannte am 23. Nov. 1840:

„Würde Beklagter beschwören:

> Es sei nicht wahr, daß er den Brief d. d. Freiburg den 10. August 1836, unterzeichnet Ad. B., so wie den Brief Freiburg den 9. Jänner 1837, unterzeichnet Ad. B., von welchen beiden Briefen ihm Abschriften mit dem Duplikat der Ediktionsklage zugekommen, besitze, oder daß er sich des Besitzes entäußert habe, um den Rechtsstand des Klägers zu schlimmern, auch daß er nicht wisse, wo diese Briefe sich gegenwärtig befinden, — so würde Kläger unter Verfällung in die, durch das über die Ediktionsklage veranlaßte Incidentverfahren verursachten Kosten mit derselben abgewiesen."

„In wie ferne Beklagter diesen Eid verweigert, wird unter Verfällung desselben in die durch dieses Incidentverfahren veranlaßten Kosten der Inhalt der beiden Urkunden, wie er vom Kläger angegeben worden, als bewiesen angenommen." —

Dieses Urtheil wurde auf die vom Beklagten ergriffene Appellation vom Hofgericht Freiburg bestätigt aus folgenden:

---

*) Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original. „Gezeichnete Aufsätze haben gleiche Beweiskraft, wie die Ausfertigung derselben, da beides Urschriften sind."

Entſcheidungsgründen:

„Es iſt unbeſtritten, daß Kläger zur Führung eines ihm aufgelegten Beweiſes zwei angeblich vom Beklagten an ihn geſchriebene Briefe dem Stadtamte dahier übergeben hat, daß dieſe Briefe zu den Akten gekommen ſind, ſich aber, nachdem dieſe letztern dem Amte Bühl, und von dieſem dem Oberamte Raſtadt zur Einſicht des Beklagten zugeſendet worden waren, nicht mehr bei denſelben befanden, und auch nicht wieder beigebracht werden konnten."

„Wenn nun das Amt auf die vom Kläger gegen den Beklagten auf Herausgabe dieſer Briefe gerichtete Klage nach gepflogenen Verhandlungen das oben erſichtliche Urtheil erlaſſen hat, ſo iſt der beklagte Appellant durch dieſes Urtheil nicht beſchwert."

„Denn zur Begründung des Geſuchs um Herausgabe der in Abſchrift vorgelegten Briefe genügte die in der Klage enthaltene Behauptung, daß Beklagter dem Kläger eigenthümlich gehörige Briefe beſitze."

„Der zur Beſcheinigung, beziehungsweiſe zum Beweiſe dieſes Beſitzes zugeſchobene Eid iſt nach der Beſtimmung des §. 789 der Prozeßordnung ein zuläſſiges Beweismittel, ſo wie auch die auf die Ausſchwörung oder Nichtausſchwörung deſſelben erkannten Folgen dem Geſetze gemäß ſind."

„Die von dem Beklagten aufgeſtellte Behauptung, daß dieſer Eid unzuläſſig ſei, eines Theils, weil das Gegentheil der auf den Eid gegebenen Thatſache ſchon völlig erwieſen vorliege, anderntheils weil die Eideszuſchiebung die verdeckte Anſchuldigung eines Vergehens in ſich faſſe, wegen deſſen keine Unterſuchung eingeleitet worden ſei, iſt dagegen thatſächlich und rechtlich unbegründet."

„Wenn ſich nämlich der Beklagte zum Beweiſe dafür, daß er die Briefe *nicht* beſitze, lediglich auf die Thatſache bezieht, daß dieſelben vom Kläger zu den Akten gegeben worden ſind, und hieraus den Schluß zieht, daß er, Beklagter, ſie deßhalb jetzo nicht beſitze, ſo iſt dies ein ganz falſcher Schluß, welcher durch ſeine eigene Angabe, daß man nicht wiſſe, wohin die Briefe gekommen ſeien, widerlegt wird; daß aber die in der Eideszuſchiebung angeblich enthaltene gedeckte Anſchuldigung eines Vergehens die Eideszuſchiebung nicht unzuläſſig macht, folgt aus der Beſtimmung des §. 569 der Prozeßordnung, wornach eine Eideszuſchiebung über unerlaubte Handlungen ſogar dann ſtattfindet, wenn dieſelbe Gegenſtand einer Unterſuchung geweſen iſt, dies alſo noch mehr der Fall ſein muß, wenn Handlungen in Frage ſtehen, wegen denen keine Unterſuchung eingeleitet wurde."

„Die auf dieſe Behauptungen allein geſtützte Beſchwerde des Appellanten erſcheint ſonach ungegründet, und mußte, und zwar unter Verfällung deſſelben in die Koſten dieſer Inſtanz, wie geſchehen beſtätigend erkannt werden." —

Z.

III.

Ueber den Devolutiveffect des Recurſes in gerichtlichen Strafſachen.

Da der Recurs gegen untergerichtliche Erkenntniſſe an die Hofgerichte und gegen hofgerichtliche Erkenntniſſe erſter Inſtanz an das Oberhofgericht geht, ſo iſt er unſtreitig ein *devolutives* Rechtsmittel, welchem der §. 11 des Geſetzes v. 3. Aug. 1837 (Regierungsbl. Nr. 25) *aufſchiebende* Wirkung in der Art beilegt, daß bis zur Erledigung des rechtzeitig angezeigten und ausgeführten Recurſes die erkannte Strafe wider Willen des Verurtheilten nicht vollzogen werden kann. Wie nun der Suſpenſiveffect den *Vollzug* des Urtheils hemmt, ſo hindert der Devolutiveffect die *Abänderung* deſſelben durch den *nämlichen* Richter, indem durch die Einführung des Rechtsmittels die *Competenz* einer höheren Inſtanz begründet und folgeweis die Thätigkeit der Vorigen eingeſtellt wird, weil nicht gleichzeitig zwei Gerichte, wovon das eine über dem andern ſteht, in der nämlichen Sache zuſtändig oder thätig ſein können. Geht aber, wie wohl nicht zu bezweifeln iſt, der Zweck des Recurſes dahin, ein Urtheil des höheren Richters zu erwirken, ſo folgt daraus nothwendig, daß dieſer die Sache nicht zum Erkenntniß an die vorige Inſtanz zurückweiſen darf. Es kommt hier analog der §. 1223 der Prozeßordnung zur Anwendung.

Aus dieſen Prämiſſen ergibt ſich:

1) Daß der Recursrichter über die *Neuheiten*, welche in zweiter Inſtanz zur Sprache kommen, ſelbſt erkennen muß. Hierüber dürfte um ſo weniger Zweifel beſtehen, als früherhin nach dem Cabinets-Reſcript vom 18. Juli 1809 (im §. 30 der Erläut. zum Strafedict) der Recurs *an's Recht* nur unter der Vorausſetzung

Digitized by Google

des Daseins von Neuheiten zulässig war. Annalen von 1833. S. 228. In diesem Sinne hat auch das Gr. Justizministerium zwei frühere Conflicte zwischen dem Oberhofgericht und dem Hofgericht des Unterrheinkreises durch Reskript vom 17. Juni 1836 ein für allemal entschieden. Annalen v. 1836. S. 315. Dessenungeachtet wollte das Oberhofgericht von diesem feststehenden Grundsatze kürzlich wieder abgehen, als in einer durch den Recurs zweier Inculpaten dort anhängig gewordenen Criminalsache neue Thatumstände von anscheinender Erheblichkeit zur Anzeige kamen, welche erst nach Fällung des hofgerichtlichen Urtheils entdeckt worden sind. Es wurde nämlich von Seiten des obersten Gerichtshofs dem Hofgerichte unter Rücksendung der Akten überlassen, hierwegen das Geeignete zu verfügen und nach dem Ergebniß der weiteren Untersuchung entweder selbst zu erkennen oder die Akten wieder dorthin vorzulegen. Das Hofgericht legte jedoch, ohne auf die Sache einzugehen, die Akten sofort mit dem Bemerken wieder vor, daß es sich während dem Schweben des gegen sein Urtheil eingelegten Recurses jeden weiteren Schrittes in der von ihm abgeurtheilten Sache enthalten zu müssen glaube, weil durch die rechtzeitige Anzeige und Ausführung dieses devolutiven Rechtsmittels seine criminalrichterliche Thätigkeit in jeder Hinsicht gehemmt sei.

In Folge dieser Remonstration hat das Oberhofgericht, nachdem vorher die neuen Thatumstände thunlichst erörtert waren, am 6. Dezember 1841 das Urtheil zweiter Instanz gefällt.

Wären indessen die Nova erst nach Erlassung dieses Urtheils ans Oberhofgericht gelangt, dann würde es zunächst darauf angekommen sein: ob das hofgerichtliche Erkenntniß bestätigt oder abgeändert worden ist?

Im ersten Falle hätten die neuen Materialien ohne Zweifel zur geeigneten Bedachtnahme an das Hofgericht abgegeben werden müssen, welches als jetzt wieder zuständiger Richter ermessen haben würde: ob die Untersuchung zu reassumiren und der Vollzug des bestätigten Urtheils aufzuschieben sei oder nicht? Annalen von 1840 Nr. 34 S. 237 u. 238 §. 2.

Im anderen Falle hingegen würden sich die Neuheiten wieder zur oberhofgerichtlichen Cognition geeignet haben, weil die erste Instanz in keinem Falle befugt ist, das Urtheil des höheren Gerichts abzuändern. Vergleiche Annalen von 1840 Nr. 48 S. 332 Absatz III. 1). —

Aus obigen Prämissen folgt weiter: 2) daß der oberste Gerichtshof eine von dem Hofgericht abgeurtheilte Sache auch nicht zum Erkenntniß an das Untersuchungsgericht, als in erster Instanz dorthin gehörig, zurückweisen darf, so fern nur das in Frage stehende Vergehen gerichtlich strafbar ist. Diesem Satze steht die oberhofgerichtliche Praxis entgegen, wie in den Annalen von 1840 Nr. 37 und von 1841 Nr. 25 zu ersehen ist, wo zwei Fälle referirt werden, in welchen der oberste Gerichtshof als Rekursrichter ausgesprochen hat: es sei kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden, vielmehr die Aburtheilung der Sache dem Amte, als dorthin gehörig, zu überlassen; weil nicht das Verbrechen der Verpartirung falscher Münzen, dessen der Recurrent vom Hofgerichte für schuldig erkannt war, sondern nur ein simpler Münzbetrug vorliege.

Diese Praxis dürfte übrigens, vorerst abgesehen von ihrer augenscheinlichen Unzweckmäßigkeit, schon darum zu beanstanden sein, weil der Rekursrichter, als solcher, den vor sein Forum gebrachten Fall zu entscheiden, aber nicht die Entscheidung an ein anderes Gericht zu verweisen hat. Damit will jedoch keineswegs behauptet werden, daß der Rekursrichter sich nicht für incompetent erklären dürfe, wenn ein nicht zur gerichtlichen Aburtheilung geeignetes Vergehen in Frage steht. Es wird vielmehr vorausgesetzt, daß die Sache überhaupt vor die Gerichte gehört. Hätte z. B. das Hofgericht ein Jagdvergehen als Wilderei bestraft, welches der oberste Gerichtshof nur für einen einfachen (ersten oder zweiten) Jagdfrevel ansieht, so würde allerdings das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben, und die Abwandlung dieses Frevels der Polizeibehörde zu überlassen sein, weil es an einem Gegenstand der gerichtlichen Dijudicatur fehlt. Dieser Ansicht hat der oberste Gerichtshof unter anderen in der Untersuchungssache gegen Carl Semer von Bargen gehuldigt. Nachdem Inculpat vom Hofgericht wegen Wilderei zu sechsmonatlicher Zuchthausstrafe verurtheilt worden war, fand das Oberhofgericht in der Rekursinstanz, daß er nur eines einfachen zweiten Jagdfrevels schuldig, dagegen der Thatbestand des Verbrechens der Wilderei nicht constatirt sei. Deßhalb wurde das hofgerichtliche Urtheil unterm 17. März 1838 dahin abge-

Digitized by Google

ändert: es sei kein Grund zur Fällung eines peinlichen Erkenntnisses vorhanden, und die Aburtheilung dieses Jagdfrevels dem Amte zu überlassen.

Unter einen anderen Gesichtspunkt fällt aber der sogenannte Münzbetrug, welcher als ein bürgerliches Vergehen gerichtlich strafbar ist. Hielt sich das oberste Gericht für zuständig, um auszusprechen, daß in concreto keine Feilschaft, sondern nur ein Betrug verübt werden sei, so war es auch competent, den Rekurrenten des geringeren Vergehens wegen zu verurtheilen, weil es sich nur davon handeln konnte, das nämliche Factum unter eine andere Bestimmung des Strafgesetzes zu subsumiren. Bekanntlich ist es erlaubt, gegen den Rekurrenten oder Adhärenten in mitius zu erkennen; wogegen eine condemnatio in durius nur auf den Rekurs des Staatsanwalts erfolgen kann. Es stand demnach auch von dieser Seite dem milderen Urtheile nichts im Wege. Die oberstrichterliche Zurückweisung verstößt überdieß gegen den Grundsatz „majus continet minus", und hat außerdem noch dreierlei Inconvenienzen im Gefolge, indem sie dem Untergericht, welches durch die Einsendung der Acten zur hofgerichtlichen Aburtheilung bereits factisch seine Incompetenz erklärt hat, eine fremde Urberzeugung aufdringt, die endliche Erledigung der Sache übermäßig verzögert, und sogar mehr Instanzen schafft, als das Gesetz selbst statuirt.

Ein anderer Fall, welcher sogleich besprochen werden soll, dürfte die Richtigkeit dieser Behauptung klar vor Augen stellen, und zugleich den Beweis liefern, daß die oberhofgerichtliche Praxis nicht einmal gleichförmig gehandhabt wird.

Georg Schmitt von Rohrbach war durch hofgerichtliches Urtheil vom 17. November 1840 der Wilderei für schuldig erkannt, und zu einjähriger Zuchthausstrafe condemnirt worden. In zweiter Instanz erklärte das Oberhofgericht durch abänderndes Urtheil vom 2. August 1841 den Inculpaten, unter Verfällung in die Untersuchungs- und Rekurskosten, der Wilderei für klagfrei. Die Entscheidungsgründe zu diesem Erkenntniß enthalten unter Anderem die Ausführung, daß sich Rekurrent jedenfalls eines kleinen Wilddiebstahls mit thätlicher Widersetzung gegen die Jagdaufseher schuldig gemacht habe. Insbesondere heißt es am Schlusse: „Seine Verurtheilung in alle Kosten ist durch den §. 19 des Strafedicts begründet, weil die Zueignung eines auf fremder Jagdbahn befindlichen Wildprets, wodurch er die ganze Untersuchung veranlaßte, in jedem Falle als eine gesetzwidrige Handlung erscheint."

Damit nun nicht auch der Wilddiebstahl ungestraft bleibe, sah man sich von Seiten der Staatsanwaltschaft veranlaßt, bei dem höchsten Gerichtshof den Antrag zu stellen, daß nachträglich ausgesprochen werden wolle, es sei die Aburtheilung dieses Wilddiebstahls dem Untergerichte zu überlassen. Darauf erfolgte unterm 30. August nachstehendes Rescript:

„Georg Schmitt, welcher durch das hofgerichtliche Urtheil vom 17. November 1840 der Wilderei für schuldig erkannt worden war, hat in seiner Rekursbeschwerdeschrift zunächst um ein abänderndes Erkenntniß des Inhalts gebeten: daß er der Wilderei für klagfrei zu erklären und mit den Untersuchungskosten zu verschonen sei. Indem nun das oberhofgerichtliche Urtheil vom 2. d. M. ausspricht, daß G. Schmitt der angeschuldigten Wilderei für klagfrei zu erklären, jedoch in die Untersuchungs- und Rekurskosten zu verfällen sei, hat es über diese Bitte auf eine ganz unzweideutige Weise entschieden. Ein ausdrücklicher Vorbehalt für die richterliche Thätigkeit des Oberamts Heidelberg als Bestandtheil des Oberhofgerichtlichen Urtheils, war weder nöthig, noch geeignet, da aus der Wortfassung des letzteren und aus den Entscheidungsgründen einleuchtet, daß dem Erkenntnisse des Oberamts, soweit diese Behörde in der dem G. Schmitt zur Last gelegten Handlung irgend ein ihrer richterlichen Competenz unterliegendes Vergehen erblicken würde, auf keine Weise vorgegriffen werden sollte. Von dem Bedürfniß einer Ergänzung oder Erläuterung des diesseitigen Urtheils kann daher nicht die Rede sein."

Auf Mittheilung dieses Rescripts übersandte das Hofgericht dem Oberamte unter Anschluß der Acten das bisher zurückbehaltene Urtheil des Oberhofgerichts mit dem Bemerken zur Verkündung, daß hierdurch dem ihm zustehenden Erkenntniß über den Wilddiebstahl nicht vorgegriffen sei.

Das Oberamt verurtheilte nunmehr am 20. September den Inculpaten wegen Wilddiebstahls und Widersetzlichkeit gegen die Forstbedienten zu einer Gefängnißstrafe von 20 Tagen, wogegen Schmitt den Rekurs ans Recht ergriff, welcher durch hofgerichtliche

Digitized by Google

Verfügung vom 17. Dezember 1841 seine Erledigung gefunden hat. Vom 7. November 1840, als dem Tage, an welchem die Acten zum ersten Mal bei dem Hofgerichte eintrafen, bis zum 17. Dezember 1841, wo das vierte Urtheil erging, sind 13 Monate und 10 Tage verstrichen, innerhalb welcher die Sache vier Instanzen durchlaufen hat, während das Gesetz nur zwei gestattet. Der Wilddiebstahl, mit oder ohne erschwerende Umstände, ist ein bürgerliches, sohin gerichtlich strafbares Vergehen, welches in der nämlichen That, die das hofgerichtliche Urtheil vom 17. November 1840 als Wilderei erklärt hat, enthalten war. Das Hofgericht kam in die eigenthümliche Lage, über ein und dasselbe Factum als erste und zweite Instanz zu entscheiden und Kosten auf Kosten zu häufen. Eine Praxis, welche das ihr vorgesteckte Ziel so sehr aus den Augen verliert, und nichts als Inconvenienzen hervorbringt, kann sicher nicht in dem Willen des Gesetzgebers liegen, und noch weniger auf Beifall rechnen.

Im Uebrigen ist bemerkenswerth, daß der oberste Gerichtshof eben dasjenige, was hinsichtlich der Verweisung an das Untergericht in den oben beispielsweise angeführten Fällen von ihm beliebt worden, in concreto für ungeeignet erklärt, daß er sich zwar wegen eines Nebenpunkts, aber nicht in der Hauptsache für competent erachtet, daß er den Antrag des Rekurrenten als bindende Richtschnur angesehen, und doch in Ansehung des Kostenpunkts gegen diesen Antrag entschieden, endlich, daß er dem Erkenntniß des Untergerichts in der That auf die unläugbarste Weise vorgegriffen hat, indem inhaltlich der Entscheidungsgründe der unter erschwerenden Umständen verübte Wilddiebstahl als etwas ausgemachtes dargestellt, und gerade deßwegen der Rekurrent in alle Kosten verfällt worden ist, obgleich ihn das oberhofgerichtliche Urtheil der Wilderei für klagfrei erklärte, und des Diebstahls nicht für schuldig erkannte. Da nach dem bisherigen die oberhofgerichtliche Praxis weder consequent, noch gleichförmig, noch zweckmäßig ist, so wird sie hoffentlich auch nicht von langer Dauer sein.

Bayer.

IV.

Ueber die Beweiskraft der für ächt erklärten Privaturkunden. Annalen IX. Nr. 33 und 39.

Die in der Praxis allgemein angenommene Ansicht, daß eine in Folge des Aechtheitsbeweises für ächt erklärte Privaturkunde dieselbe Beweiskraft habe, wie eine vom Produkten wirklich anerkannte oder kraft Versäumungserkenntnisses für anerkannt angenommene Privaturkunde, wurde in dem ersten der obigen Aufsätze bekämpft. Die Redaktion hat sich aber der in der Praxis herrschenden Meinung angenommen und deren Richtigkeit aus den Bestimmungen des Landrechts nachzuweisen gesucht. In dem letzten der obigen Aufsätze wurde behauptet, daß das Landrecht, welches nur von anerkannten und für anerkannt erklärten nicht aber auch von für ächt erklärten Urkunden spreche, hier nicht Maaß und Ziel gebe und wir ein besonderes Prozeßgesetz haben, in welchem die in der Praxis geltende Ansicht als ausdrückliche Vorschrift sich nicht ausgesprochen finde. Ich will nun versuchen, aus den Bestimmungen der Prozeßordnung darzuthun, daß eine für ächt erklärte Urkunde gleiche Beweiskraft habe, wie eine anerkannte oder als anerkannt angenommene Urkunde.

Die Anerkennung einer Privaturkunde bewirkt nach §. 434 die Gewißheit der Aechtheit. Diese Gewißheit tritt nun als Wirkung der Anerkennung ein, sowohl wenn von dem Produkten die Urkunde wirklich anerkannt als wenn die Urkunde dem §. 424, 447 gemäß kraft Versäumungserkenntnisses für anerkannt angenommen wird. Denn das Gesetz spricht in §. 434 allgemein von der Aechtheit als einer Wirkung der Anerkennung und unterscheidet nicht zwischen einer wirklich anerkannten und einer für anerkannt angenommenen Urkunde. Lege non distinguente non nos distinguimus. Daraus folgt, daß die Anerkennung einer Privaturkunde, gleichviel ob sie durch Geständniß des Produkten oder kraft Versäumungserkenntnisses erfolgte, immerhin die gleiche Wirkung hat, nämlich die Gewißheit der Aechtheit, wie dieses auch in den obigen Aufsätzen zugestanden und durch Landrechtsatz 1322 außer allen Zweifel gesetzt ist. Wenn aber weder durch das Geständniß des Produkten noch durch ein Versäumungserkenntniß eine Anerkennung erfolgt, sondern die Aechtheit der Urkunde abgelängnet wird, so tritt die Wirkung ein, daß nunmehr die Urkunde bis zum Beweise ihrer Aechtheit ohne Beweiskraft ist, und der Produzent den Beweis der Aechtheit zu übernehmen hat. §. 434, 439, 443. Ist alsdann der Beweis der Aechtheit auf eine in §. 444 ff zulässige Weise hergestellt, so wird die Urkunde für ächt erklärt. §. 451. Die eben angeführte Gesetzesstelle sagt

zwar nur, daß im Falle der Leistung des Erfüllungseides oder der Verweigerung des Ableugnungeides die Urkunde für ächt erklärt werde. Diese Bestimmung erscheint jedoch nicht als eine besondere für diese beiden Fälle ausschließlich getroffene Vorschrift sondern vielmehr als eine Folge der allgemeinen Regel, daß der Richter das Ergebniß der Beweisführung auszusprechen hat. §. 633. Hiernach muß die Urkunde für ächt erklärt werden, in allen Fällen wo durch die gesetzlich zulässigen Beweismittel die Aechtheit hergestellt ist. Die Aechtheitserklärung, oder Herstellung der Aechtheit bewirkt demnach gleichfalls die Gewißheit der Aechtheit. Die Wirkung ist somit immer dieselbe, ob eine Urkunde wirklich anerkannt, oder für anerkannt angenommen oder als recht bewiesen werde. Die Wirkung ist nämlich allewege die Gewißheit der Aechtheit. Nur die Ursache, wodurch die Aechtheit erzielt wird, ist verschieden, nämlich bald die wirkliche bald die kraft Versäumungserkenntnisses angenommene Anerkennung, bald der Aechtheitsbeweis. Diese Verschiedenheit der Ursachen hat aber auf die Wirkung keinen Einfluß in der Art, daß dadurch der Grad der Aechtheit vermehrt oder vermindert würde. Eine Urkunde ist ächt, sei sie wirklich anerkannt oder durch Versäumungserkenntniß für anerkannt angenommen oder in Folge des Aechtheitsbeweises für ächt erklärt. Die Prozeßordnung enthält überall nichts davon, daß eine Urkunde in den beiden ersten Fällen mehr Aechtheit habe als in dem letzten Falle. Sie unterscheidet nicht zwischen einer ganz ächten und einer halbächten oder zwischen einer mehr und minderächten Urkunde. Sie kennt nur den Unterschied zwischen einer ächten und einer unächten Urkunde.

Ebensowenig sagt die Prozeßordnung etwas davon, daß die Urkunde in einem Falle mehr oder weniger Beweiskraft habe als in dem andern. Die Prozeßordnung sagt nämlich nicht, daß eine wirklich anerkannte oder für anerkannt angenommene Urkunde mehr beweise als eine für ächt erklärte Urkunde. Die Prozeßordnung sagt nicht, daß eine für ächt erklärte Urkunde allemal nur als Anfang eines schriftlichen Beweises zu betrachten sei, daß dagegen eine wirklich anerkannte oder für anerkannt angenommene Urkunde immerhin volle Beweiskraft habe. Die Prozeßordnung sagt nur, daß die durch das Geständniß oder durch Versäumungserkenntniß geschehene Anerkennung die Gewißheit der Aechtheit bewirkt. Diese Wirkung tritt nun zufolge der obigen Ausführung auch bei dem Aechtheitsbeweise ein. Die Aechtheit ist aber nur die Gewißheit, daß die Urkunde von dem herrühre, von dem sie nach Angabe des Beweisführers herrühren soll, nicht aber auch die Gewißheit, daß die Urkunde alles das beweise, was nach der Absicht des Beweisführers durch sie bewiesen werden soll. Diese Gewißheit, nämlich die volle Beweiskraft einer Privaturkunde, entsteht auch nicht schon an und für sich durch die Anerkennung. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes folgt aus der Anerkennung einer Urkunde noch nicht, daß sie vollbeweisend sei, nämlich alles das beweise, was durch sie bewiesen werden solle §. 434 i. f, 437. Die volle Beweiskraft einer Privaturkunde hängt nicht blos von der Aechtheit sondern auch noch von dem Umstande ab, daß die Urkunde den vorgeschriebenen Förmlichkeiten entspricht, einen vollständigen Inhalt hat, nämlich alles das enthält, was durch sie bewiesen werden soll, auch keine Veränderungen, Durchstreichungen, Rasuren, Einschaltungen, Beisätze u. s. w. darin vorkommen. Ist dieses nicht der Fall, besitzt nämlich die Urkunde die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht, ist ihr Inhalt unzulänglich und kommen Veränderungen und so weiter darin vor, so ist die Urkunde blos als Anfang eines schriftlichen Beweises oder auch als ganz beweislos zu betrachten, mag die Urkunde wirklich anerkannt oder für anerkannt angenommen oder für ächt erklärt worden sein. Ist aber die Urkunde mit den vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen, enthält sie alles was durch sie bewiesen werden soll, vollständig, sind auch keine Veränderungen u. s. w. darin sichbar, so ist die Urkunde vollbeweisend, mag sie nun für ächt erklärt, wirklich anerkannt, oder für anerkannt angenommen worden sein. Landrechtsätze 1322, 1325, 1326, 1347. §. 434 der Prozeßordnung.

Das Ergebniß der bisherigen Deduction wird auch durch folgendes bestätiget.

In dem Executiv- und Wechselprozesse sind zum Beweise nur fehlerfreie Urkunden zulässig, welche die den Ansprüchen zu Grunde liegenden Thatsachen in jeder erheblichen Beziehung bestimmt bezeichnen. §. 726, 727.

Da nun eine Urkunde, welche blos als Anfang eines schriftlichen Beweises gilt, keine fehlerfreie Urkunde der bezeichneten Art ist, so wäre, wenn jede für ächt erklärte Urkunde immerhin blos als Anfang eines schriftlichen Be-

weiſes betrachtet werden könnte, conſequenterweiſe in dem Executiv- und Wechſelprozeß der Aechtheitsbeweis einer abgeläugneten Urkunde für unzuläſſig erklärt oder doch beſtimmt werden, daß, im Falle eine Urkunde nur für ächt erklärt werde, die Klage angebrachtermaßen zu verwerfen und zugleich in die geeignete Prozeßart einzuleiten ſei. Dem iſt aber nicht ſo. Denn auf den Fall der Abläugnung einer Urkunde wird in dieſer Prozeßart zur Herſtellung der Aechtheit der Beweis durch Urkunden oder Eideszuſchiebung zugelaſſen. §. 733. Und nur wenn die Aechtheit der zum Beweis der Klage vorgebrachten Urkunden in der vorgeſchriebenen Weiſe nicht dargethan werden kann, ſo wird die Klage angebrachtermaßen verworfen, und dem Kläger die Verfolgung derſelben im geeigneten Verfahren vorbehalten §. 734. Daraus folgt denn per argumentum e contrario, daß, wenn die Aechtheit der ſonſt fehlerfreien Urkunde in vorgeſchriebener Weiſe dargethan iſt, dem Geſuche des Klägers entſprochen werden muß, als wie wenn die Urkunde anerkannt oder kraft Verſäumungserkenntniſſes für anerkannt angenommen worden wäre †).

Hiemit glaube ich aus den Beſtimmungen der Prozeßordnung die Richtigkeit der in der Praxis herrſchenden Anſicht nachgewieſen zu haben und ich ſchließe mit den Worten der l. 37 D. de legibus (1. 3.)

Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.

Haager.

V.

Beweiskraft der Auszüge aus Standesbüchern. S. 45.

In vielen Rechtsſtreiten werden Auszüge aus den bürgerlichen Standesbüchern als Beweisurkunden produzirt.

Dabei beſteht nun mitunter die irrige Meinung, daß ſolche Auszüge nach dem Landrechtsſatz 45, Abſatz 2 vollſtändig beweiſen, wenn ſie vom Pfarrer als Beamten des bürgerlichen Standes beglaubigt, die Aechtheit der pfarramtlichen Fertigung aber durch das Bezirksamt beurkundet iſt.

Dieſe Anſicht iſt aber offenbar unrichtig, und es genügt keineswegs, daß das Bezirksamt nur beurkundet, die Unterſchrift des Pfarrers ſei ächt.

Das Bezirksamt muß vielmehr nach Vorſchrift des Geſetzes den Auszug ſelbſt beglaubigen, d. h. beurkunden, daß der Auszug richtig, nämlich dem Eintrag im Standesbuch entſprechend ſei. Das Bezirksamt hat alſo den Auszug mit dem auf der Amtskanzlei aufbewahrten Duplikat des Standesbuchs zu vergleichen, oder es iſt ihm, wenn von dem einſchlägigen Jahrgang kein Duplikat auf der Amtskanzlei ſich befindet, das bei dem Pfarramt aufbewahrte Original zum Behufe der Vergleichung vorzulegen, und nur wenn das Bezirksamt auf die eine oder andere Weiſe von der Richtigkeit des Auszugs ſich überzeugt, ſofort nicht nur die Unterſchrift der Pfarrers als ächt, ſondern den Auszug ſelbſt, d. i. den Inhalt deſſelben als richtig beglaubigt, kommt dem Auszug nach S. 45, Abſatz 2 bis zum Beweiſe der Falſchheit volle Beweiskraft zu. D. Red.

†) Ein ſehr ſchlagendes Argument! — D. Red.

VI.

v. Jagemann (Dr. Ludwig). Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde, II. Band, Frankfurt a. M., Verlag von G. F. Kettembeil, 1841.

Bereits in dem Vorwort zum erſten Bande hat ſich der Verfaſſer vorbehalten, einen zweiten Theil herauszugeben, welcher zu jedem Abſchnitte actenmäßige Beiſpiele und Formulare liefern ſoll. Dieſes Vorhaben iſt im zweiten Bande, welcher 344 dergleichen Beiſpiele ꝛc. enthält, zur Ausführung gebracht. Die ganze Pragmatik zerfällt in vier Bücher, wovon das erſte die Grundſätze der Voruntersuchung, das zweite die Behandlung der Unterſuchungs-Gefangenen, das dritte die Grundſätze des Criminalverhörs und das vierte die Form und Ergänzung nebſt dem Schluß der Acten, zum Gegenſtande hat. Dem Texte ſelbſt iſt eine Inhaltsüberſicht, worin die Muſter nach der Paragraphenreihe aufgeführt ſind, vorangeſchickt, und ein auf die Seitenzahl verweiſendes Sachregiſter angehängt, wodurch das Nachſchlagen ſehr erleichtert wird.

Da aus dem Bisherigen der Inhalt des Werkes zur Genüge hervorgeht, ſo bedarf es nur weniger Worte über den Zweck deſſelben. Die Sammlung der 344 Beiſpiele ſtellt ſich als die angewandte Unterſuchungskunde dar, indem darin ſo ziemlich alle erdenklichen Fälle, welche in praxi vorkommen mögen, vorgeſehen ſind. Sie iſt für den Praktiker ein Spiegel, welcher ihm den deutſchen Unterſuchungsprozeß anſchaulich macht, wie er ſich im Leben ausgebildet hat. Die Nützlichkeit dieſer in ihrer Art einzigen Compilation muß daher von ſelbſt einleuchten ††).

Möge dem Herrn Verfaſſer, als nunmehrigem Mitgliede eines Obergerichts, recht oft die Freude zu Theil werden, ſeine Beiſpiele in den von anderen Inquirenten geführten Unterſuchungen nachgeahmt zu finden. Bayer.

††) Der vorliegende praktiſche Theil, der in 344 Beiſpielen (aus den vom Verfaſſer ſelbſt geführten Unterſuchungen) vom deutſchen Unterſuchungsverfahren in ſeinen verſchiedenen Stadien und Richtungen ein lebendiges Bild gibt, ſchließt ſich dem im Jahre 1838 erſchienenen theoretiſchen Theile würdig an. — Der Werth des theoretiſchen Theils hat aber in Rezenſionen in 13 verſchiedenen Zeitſchriften, ſowie dadurch, daß an der Univerſität Dorpat darnach vorgeleſen wird, ungetheilte Anerkennung gefunden. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 3. Karlsruhe den 15. Januar 1842.

I.

1) Wer hat bei der gegen den Besitzer einer Servitut angestellten Negatorienklage den Beweis zu führen?

2) Wie ist der Zeugenbeweis in einem solchen Falle zu beurtheilen, insbesondere ist das Zeugniß eines Volljährigen von Wahrnehmungen gültig, die er in der Jugend vor erreichter Vollmündigkeit gemacht hat? Die Antwort entfalten folgende zwei Rechtsfälle.

Erster Rechtsfall.

In Sachen des Schneidermeisters Götz in Freiburg, Klägers, gegen den Schneidermeister Hasenfratz daselbst, Beklagten, Dachtraufrecht betreffend.

Im Jahr 1830 hat Hasenfratz sein Wohnhaus in der Salzgasse aus einer Gantmasse ersteigert, und mit dem Besitze dieses Hauses auch die damit verbundene Einrichtung erworben, durch welche seine Dachtraufe auf die unten daran stoßende Behausung seines Nachbars und durch dessen Hof abgeleitet wurde.

Als Schneidermeister Götz im Jahre 1835 das dienstbare Haus gekauft und kaum bewohnt hatte, ließ er sich die Eigenmacht beigehen, die vorhandene Einrichtung der Dachtraufe-Dienstbarkeit zu zerstören, wodurch Hasenfratz sich genothigt sah, gegen Götz bei dem Stadtamte auf Wiederherstellung in seinen Besitz zu klagen, und wirkte folgenden Bescheid aus:

„Der Beklagte sei schuldig, binnen 14 Tagen auf seine Kosten das von dem Dachkähner des Klägers ausgehobene Rohr, wodurch des Klägers Dachtraufe vom hintern Hausdach in den Schüttstein der Küche des dritten Stocks des Hauses des Beklagten eingelaufen ist, wieder in den frühern Stand herzustellen, wie solcher vor der Aushebung des Rohrs gewesen ist; Beklagter habe dem Kläger allen Schaden und die Kosten zu ersetzen, die dem letztern etwa durch die Besitzstörung zugegangen, vorbehaltlich besonderer Liquidation. Falls Beklagter den Besitzstand des Klägers nachmals stören sollte, so habe Beklagter zum Vortheil des Klägers eine Geldstrafe von fünf Gulden zu bezahlen. Auch wird Beklagter in die Kosten dieses Rechtsstreits verfällt."

Götz stellte nun eine Negatorienklage gegen Hasenfratz bei den nämlichen Amte an, und stellte auf den Grund der behaupteten Vermuthung für die natürliche Freiheit seines eigenthümlichen Hauses das Begehren zu erkennen:

„der beklagte Hasenfratz sei nicht berechtigt, seine Dachtraufe von der Hinterseite seines Hauses in den Hof des Klägers zu leiten."

Der Beklagte zog die vom Kläger behauptete Uneingeschränktheit seines Eigenthums in Abrede, indem er auf die vorhandene Einrichtung der Dachtraufe-Dienstbarkeit hinwies, welche die beiderseitigen Hauseigenthümer bei der Erwerbung ihrer Häuser angetroffen haben, und die nach Angabe der früheren Besitzer schon vor länger als 30—40 Jahren bestanden habe. Nichts desto weniger wurde vom Unterrichter dem Beklagten der Beweis eines Dienstbarkeitsrechts auferlegt, der angetretene und erhebene Zeugenbeweis für unvollständig angesehen, daher erkannt:

„der Beklagte sei nicht berechtigt, seine Dachtraufe von der Hinterseite seines Hauses in den Hof des Klägers zu leiten und in die Prozeßkosten zu verfällen."

Der hiesige Gerichtshof, an welchen Hasenfratz gegen dieses Erkenntniß appellirte, hat von einer Prüfung des erhobenen Zeugenbeweises Umgang genommen, weil es

Digitized by Google

den Beklagten als Besitzer nicht für beitragspflichtig gehalten, und daher den Beklagten von der gegen ihn angestellten Negatorienklage unter Verfällung des Klägers in die Kosten entbunden. Dagegen hat Götz die Oberberufung ergriffen, und der höchste Gerichtshof durch Urtheil vom 16. Mai 1839 erkannt:

„daß das hofgerichtliche Urtheil vom 11. Dezember 1837 aufzuheben, und das Urtheil des Stadtamts wieder herzustellen sei, unter Verfällung des Beklagten in sämmtliche Kosten aller Instanzen."

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil sind folgende:

Der jüngste Besitz des Beklagten sei nicht bestritten, derselbe vielmehr durch rechtskräftiges Urtheil darin geschützt, und da nach Landrechtssatz 2234 ein gegenwärtiger Besitzer, der beweise, daß er früherhin schon im Besitz war, die Vermuthung für sich habe, daß er auch in der Zwischenzeit besessen habe, so habe der Beklagte eigentlich bloß zu beweisen gehabt, daß seine Rechtsvorfahren auch schon vor 30 Jahren, vom Tag der jetzt erhobenen Klage (dem 4. Februar 1836) zurückgerechnet, im Besitz gewesen seien.

Diesen Beweis habe er mit Zeugen angetreten, und von den abgehörten Zeugen habe zwar 1) Christian Eisele (der frühere Eigenthümer des Hauses des Beklagten) bezeugt, daß, wie er sich schon über 40 Jahre erinnere, die Dachtraufe von dem Hinterhause des Beklagten durch ein Rohr in den Schüttstein des Hauses des Klägers geleitet worden sei, so, daß also hier ein Zeuge über das thema probandum ganz erschöpfend ausgesagt habe; — allein dieser nach §. 512 und 513 der Prozeßordnung immerhin mängelhafte Beweis werde weder durch die Aussage eines zweiten klassischen Zeugen bestätigt, noch durch andere erhebliche Beweismittel zur vollständigen juristischen Gewißheit erhoben, denn 2) die weiter abgehörten Zeugen, Wittwe Launwier und Tapezier Wolfinger haben gar nichts über den Beweissatz aussagen können; 3) Anna Dilger habe nur über die letzten zwei Jahre vor ihrer Abhör und 4) Anton Pflug und seine Frau bloß über den Zeitraum von 1822—1835 aussagen können; 5) Elisabetha Hettich, welche 11½ Jahre bei Christian Eisele gedient, und diesen Dienst im Jahre 1807 verlassen habe, und Ignaz Erdin, welcher von 1802 bis 1805 bei Eisele in der Lehre war, wissen bloß, daß niemals Wasser in das Haus des Hasenfratz gekommen sei, niemals ausgetragen werden mußte, und schließen nur aus diesem Umstand, daß die Dachtraufe abgeleitet worden sein mußte, aber auch dieser Schluß könne die Vermuthung nicht begründen, daß die Dachtraufe gerade in den Schüttstein und Hof des Klägers und nicht anderswohin abgeleitet worden sei; 6) Franziska Schwarz, welche, als sie bei Eisele gedient, gesehen habe, daß die Dachtraufe aus einem an dem Dache des Hasenfratz angebrachten Kähner durch ein blechernes Rohr in den Schüttstein des Hauses von Götz geleitet worden, sei erst im Jahre 1807 in diesen Dienst getreten, und aus dem Umstand, daß, wie sie bezeuge, damals das blecherne Rohr schon ganz alt ausgesehen, folge nicht mit Nothwendigkeit, daß dasselbe schon früher zu eben diesem Zweck dort angebracht war, es konnte darum doch erst vor kurzem dazu verwendet worden sein; 7) Martin Burger wolle zwar im Jahre 1801 gesehen haben, daß die Dachtraufe am hintern Theil des Hauses des Hasenfratz in einen dort angebrachten Kähner floß, und daß ein Rohr von diesem in schräger Richtung nach dem Hause des Götz lief, er könne jedoch nicht sagen, wozu das Rohr diente, und sei überdieß, wie er sage, damals erst sieben Jahre alt gewesen, habe mithin zur Zeit der gemachten Wahrnehmung das erforderliche Alter noch nicht gehabt, um eine zuverlässige Wahrnehmung machen zu können, indem nach L. 3, §. 5, L. 19, §. 1 Dig. de testibus und §. 1 der Eidesordnung vor Gericht nur Zeugen zulässig sein sollen, welche wenigstens das 14te Lebensjahr zurückgelegt haben, woraus folge, daß solche oder auch ältere Personen, auch nicht darüber, was sie während ihrer Unmündigkeit wahrgenommen haben sollen, als Zeugen zugelassen werden können, Thibaut, Pand. §. 1168, Glück, Commentar z. d. Pand. 22ste Bd., S. 143, und dieß, weil insbesondere auch durch die Verordnung im Regierungsblatt von 1803, Nr. X in Bezug auf den Beweis der unvordenklichen Verjährung bestätigt, indem hiernach Zeugen, um über einen Zeitraum von 40 Jahren aus eigener Wissenschaft Zeugniß geben zu können, wenigstens 54 Jahre alt sein müssen.

§. 2. Ansicht des Einsenders, welche sich auf die Erörterung beider Fragen erstreckt:

a) war dem Beklagten der Beweis seiner Dienstbarkeit der Dachtraufe, in deren Besitz er sogar durch rechtskräftiges Erkenntniß geschützt worden, obgelegen?

b) hat er diesen angetretenen Beweis durch die eidlich abgehörten Zeugen nicht vollständig oder zureichend geführt?

ad a) hat der oberste Gerichtshof, wie vorstehende Entscheidungsgründe zeigen, nicht einmal für nöthig erachtet, seine Meinung für die Beweispflicht des Negatorienbeklagten ausdrücklich auszusprechen, und mit Gründen zu rechtfertigen, sondern hat die sowohl nach den ältern gemeinen als auch nach dem badischen Landrechte bestrittene Frage als eine zu Gunsten des Negatorienklägers bereits entschiedene betrachtet, und daher die Begründung seines Urtheils bloß auf die Prüfung des geführten Beweises beschränkt, was mir um so mehr aufgefallen ist, da die gewichtigste Autorität in Controversen unsers Landrechts, der Commentator desselben, Staatsrath Brauer, die gegentheilige Meinung, nämlich jene für die Beweispflicht des Negatorienklägers, behauptet, und vorzüglich im VI. Bande seiner Erläuterungen ausgeführt hat, da ferner der oberste Gerichtshof selbst laut oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1833, 1stes Heft, S. 38 u. f. im Einklange mit der Meinung von Brauer einen Fall entschieden hat; da endlich in den Annalen der badischen Gerichte von den Jahren 1834, 35 und 1836 gewichtige Stimmen im gleichen Sinne sich ausgesprochen haben, die mir durch die Redactionsnoten, so wie durch einen Aufsatz von L... im dritten Jahrgang Nr. 43, so weit sie wenigstens auf offene und selbstständige Dienstbarkeiten Bezug haben, keineswegs widerlegt scheinen, daher es meines Bedünkens wohl der Mühe werth gewesen wäre, daß der oberste Gerichtshof zunächst und vorzüglich die Beweispflicht des Beklagten in vorliegendem Falle, seines geschützten Besitzes ohngeachtet, gründlich ausgeführt hätte. Da meiner vollen Ueberzeugung nach in vorliegendem Falle dem Beklagten der Beweis seines Dienstbarkeitsrechts nicht oblag, so wird es mir, ohne dem Vorwurfe einer Rechthaberei mich auszusetzen, vergönnt sein dürfen, die Gründe meiner Meinung in diesem dazu bestimmten Blatte darzulegen. Bevor ich jedoch damit beginne, finde ich für gut, einen kurzen Auszug aus den gegenseitigen Aufsätzen in den Annalen vorauszuschicken.

In Nr. 7 der Annalen v. Jahre 1834 wird eines bei dem Hofgericht in Mannheim verhandelten Streits über ein Bannrecht erwähnt und angeführt, daß die Majorität desselben Gerichtshofs dem Negatorienbeklagten die Beweislast aufgelegt habe, und zwar aus folgenden Gründen.

Dem Klagfundament stehe die aus dem Favor libertatis entspringende Vermuthung zur Seite, weßhalb nach Landrechtsatz 1352 nicht die Klägerin ihre Freiheit, sondern die Beklagte das von ihnen angesprochene Bannrecht zu beweisen habe. Hiergegen schützte sie der Besitz und Landrechtsatz 544 e nicht, weil a) der Besitz nur insoweit eine Vermuthung gebe, als ihm nicht eine stärkere Vermuthung, hier die für die Klägerin sprechende praesumtio pro libertate entgegenstehe: weil b) Grundpflichtigkeiten nach den durch Landrechtsatz 710 g f adoptirten Grundsätzen des gemeinen Rechts nach Analogie der unständigen Servituten zu beurtheilen seien, diesen aber nach Landrechtsatz 691 der längste Besitz keinen Schutz, somit der jüngste Besitz keine Vermuthung gewähre.

Die Minorität und mit ihr der Verfasser und Einsender des Aufsatzes (Bayer), welche sich zu der von Thibaut, Mackeldey und Andern festgestellten Ansicht bekannten, daß der Negatorienkläger, wenn sich der Beklagte im ordentlichen Besitze der Servitut befinde, die Freiheit seines Eigenthums beweisen müsse; führten gegen die Gründe der Majorität folgendes an: der Besitz des Einen als das die Eigenthumsfreiheit des Andern beschränkende Factum gebe eine überwiegende Vermuthung für den Besitzer ab und kein Gesetz sage, daß die praesumtio pro libertate stärker sein solle, als die praesumtio pro possessore. Diese Ansicht liege ohne Zweifel auch dem Landrechtsatz 544 e zum Grunde, insoweit darin gesagt sei: „der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers ꝛc." Der Landrechtsatz 710 g f könne hier nichts entscheiden, denn er handle nur von den Erlöschungsarten der Grundpflichtigkeiten und verweise auf die Landrechtsätze 703—710, die hier nicht in Anwendung kommen könnten, weil in der Negatorienklage kein Erlöschungsgrund angeführt sei. Aber auch hinsichtlich der Entstehung seine unständige Dienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten einander nicht gleichgestellt. Zur Erwerbung der erstern fordere Landrechtsatz 691 eine Vergünstigung von Seite des Eigenthümers, die Begründung der letztern aber mache Landrechtsatz 710 g b von einem Gesetze abhängig; dieß jedoch nur in Ansehung solcher Grundpflichtigkeiten,

Digitized by Google

die nicht schon vor dem 1. Januar 1810 in rechtmäßiger Uebung gewesen seien; denn hätten sie schon früher bestanden, so dulde sie das Gesetz auch ferner.

Die Redactionsbemerkung hierauf lautete also: der Kläger habe allerdings das Fundament seiner Negatorienklage zu beweisen, es komme also darauf an, was man unter dem Fundament einer solchen Klage verstehe? Wenn der Kläger seine Klage darauf baue, daß sein Gut von der Dienstbarkeit frei sei, so habe er sein Klagfundament nicht klug gewählt. Er thue besser, sein Klagbegehren: „daß der Beklagte sich aller Rechtsausübung oder Besitzhandlungen auf dem in Frage stehenden (angeblich dienenden) Gute zu enthalten habe" lediglich auf die Thatsache zu bauen, daß er (der Kläger) das Eigenthum jenes Guts erworben habe. Aus dem Eigenthumsrecht des Klägers folge alsdann schon Kraft Gesetzes — nämlich nach Landrechtsatz 544 — die Befugniß desselben, über den Bestand und Genuß des Guts zu schalten und zu walten, folglich auch den Beklagten so wie jeden Andern davon zurückzuweisen, somit sei durch die Nachweisung des Eigenthumsrechts das erwähnte Klagbegehren an und für sich schon begründet, ohne daß es dazu noch einer Nachweisung oder einer besondern Präsumtion der Freiheit bedürfte. Wolle nun der Beklagte dieses an sich begründete Klagrecht durch die Behauptung, daß ihm auf dem fragl. Gute eine Dienstbarkeit zustehe, dadurch also die gesetzlich sonst unbeschränkte Dispositionsbefugniß des klagenden Eigenthümers beschränkt sei, — wieder aufheben, so habe er diese Behauptung als den Grund seiner Einrede nach S. 1315 und §. 400 der Prozeßordnung zu beweisen. Wende man ihr (der Redaction) ein, daß der Beklagte nicht nöthig habe, die Einrede einer ihm zustehenden Dienstbarkeit vorzuschützen, sondern daß es für ihn genüge, seine Einrede auf seinen Besitz zu bauen, so meine man entweder, daß diese Besitzhandlungen nur die Vermuthung begründen, daß das Eigenthumsrecht des Klägers durch ein Dienstbarkeitsrecht des Beklagten beschränkt sei, oder man meine, es liege in diesen Besitzhandlungen selbst ein Rechtstitel für die Dienstbarkeit. Für die erstere Annahme fehle es aber an einem Gesetz, das die angebliche Rechtsvermuthung begründe, und was die letztere Meinung betreffe, so sei zu erinnern, daß Besitzhandlungen da, wo es sich nicht bloß um den Streit über einen fürsorglichen possessorischen Zustand, sondern um einen petitorischen Rechtsanspruch handle, nur alsdann einen Rechtstitel abgeben, wenn sie sämmtliche Erfordernisse einer Verjährung in sich vereinigen, in welchem Falle die Einrede der Verjährung und nicht jene des Besitzes vorgeschützt und nachgewiesen werden müßte. Der Besitz schütze nach Satz 544 e den Besitzer nur gegen jeden Unberechtigten, nämlich so lange, als nicht derjenige, der ein Recht auf den Gegenstand des Besitzes darzuthun vermöge, Ansprüche gegen den Besitzer erhebe. So wenig nun derjenige, der im Besitze eines Hauses sei, gegen den Vindikanten, der sein Eigenthumsrecht am Hause nachweise, die Einrede des Besitzes mit Erfolg vorschützen könne, eben so wenig könne jener, welcher ein Wegrecht über einen Acker ausübe, demjenigen, der sein Eigenthumsrecht an jenem Acker nachweise, und darauf die Ausschließung des Ersten von der Wegbenutzung nach Satz 544 begehre, den Besitzstand entgegenhalten, da das Recht dieser Ausschließung eben so wie das Recht der Vindikation im Rechte des Eigenthümers begriffen sei. Was nun insbesondere noch die unständigen Dienstbarkeiten betreffe, so ꝛc. (hier werden hauptsächlich Landrechtssatz 691 und §. 747 der Prozeßordnung entgegengehalten).

In den Annalen Jahrgang 1835 Nr. 5 hat obiger Verfasser des Aufsatzes (Bayer) auf die Redaktionsnote unter Anderm erwidert: man würde mit der von der Redaktion vorgeschlagenen Einrichtung einer Entlastungsklage sicher nicht weit kommen. Jede Klage müsse bekanntlich die Erlangung eines streitigen Rechts zum Zweck haben. Was soll aber dem Kläger der Beweis seines Eigenthums helfen, das ihm gar nicht streitig gemacht werde. Er müsse nothwendig noch weiter anführen, daß der Beklagte ein Recht, welches Kläger nicht anerkennen könne, ausübe; er müsse selbst behaupten, daß der Beklagte im Besitz sich befinde, weil er ja sonst keinen Grund hätte, gegen denselben zu klagen.

Dagegen erfolgte wieder eine Redaktionsbemerkung des Inhalts: Die anmaßlichen Handlungen des Beklagten geben den Kläger die Veranlassung zur Klage. Er wolle gegen die Eingriffe des Beklagten in seinem Eigenthumsrechte geschützt sein. Es sei nicht nöthig, daß der Kläger einen wirklichen Besitz des Beklagten anerkenne, und einen auf einem wirklichen Dienstbarkeitsrechte beruhenden Besitz könne er gar nicht anerkennen, wenn er eine Negatorienklage

Digitized by Google

anſtellen wolle, man ſehe Wening Ingenheim, II. Buch §. 89.

Weiter ſagte der Verfaſſer des Aufſatzes: mit der gegneriſchen Theorie wäre dem Beſitzſtand, dem doch durch Landrechtsſatz 544 e beziehungsweiſe alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunſten des wirklichen Beſitzers beigelegt ſeien, geradezu der Stab gebrochen und zu weit gegangen. Aus der Beſtimmung der Prozeßordnung, daß bei unſtändigen Dienſtbarkeiten der Beſitzkläger einen Rechtstitel darthun müſſe, fließe nicht die Folge ab, daß der Eigenthümer eines durch den Beſitzſtand als dienſtbar bezeichneten Grundſtücks nur zu ſagen brauche: ich bin Eigenthümer, folglich iſt der Beklagte nicht befugt, eine Dienſtbarkeit auf dem Gute auszuüben. Jene Beſtimmung der Prozeßordnung enthalte in der That nichts anderes, als die Anwendung der gemeinen Regel, daß der Kläger die Exiſtenz des Rechts, welches er verfolgt, beweiſen müſſe. Man würde aber den Grundpfeiler der Beweistheorie erſchüttern, wenn man den Stiel umkehren und vom Beklagten fordern wollte, er ſolle ein Recht, welches er wirklich ausübe, beweiſen, weil es vom Kläger beſtritten werde. Erſt wenn Kläger bewieſen habe, komme die Reihe an Beklagten. Werde der Beſitzſtand nicht mehr heilig gehalten, ſo ſei es auch bald um die Rechte ſelbſt geſchehen, ſie mögen Namen haben, wie ſie wollen.

Die Redaktion bemerkte: Von dem Beſitze der Dienſtbarkeit handle Landrechtsſatz 544 e gar nicht, ſondern nur vom Beſitze des Eigenthums, wie ſchon die Ueberſchrift und der ganze zweite Titel des zweiten Buchs zeige. Von Dienſtbarkeiten ſei erſt im vierten Titel die Rede. Ohnehin gebe es bei Dienſtbarkeiten keinen eigentlichen Beſitz, ſondern nur quasi-Beſitz. Den letzten Satz möchte die Redaktion umkehren. Werden nämlich den ſ. g. Beſitzhandlungen an dem Eigenthum Anderer zu viel Wirkungen eingeräumt, ſo ſei es auch bald um das Eigenthum ſelbſt geſchehen.

In Nr. 43 des nämlichen Jahrgangs der Annalen erſchien ein Aufſatz im Sinne der Redaktion von L..., wovon hier nur ſo viel angeführt zu werden braucht: Es ſeien

L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.) und L. 15. de oper. nov. nunc. (39. 1.)

welche ſehr beſtimmt ausſprechen, daß bei den servit. tigni immittendi und altius non tollendi der beklagte Beſitzer von der Beweislaſt frei ſei. Es ſeien dies jedoch einzelne Verfügungen des Staatsrechts, aus welchen keine allgemeine Regel für die Lehre von der Beweislaſt abgeleitet werden könne. Bei geänderter Gerichtsverfaſſung mußten die allgemeinen Grundſätze über die Beweislaſt aus der Natur der Sache entnommen werden, und nach dieſer ſei man zu dem Reſultat gekommen, welches auf den Grund des Landrechtsſatzes 544, 544 a und e in dieſen Blättern vertheidigt ſei. Das Eigenthumsrecht nämlich enthalte die unbeſchränkte Befugniß über Subſtanz und Genuß einer Sache, einzelne Rechte des Gebrauchs oder Genuſſes ſeien Theile des Eigenthums. Die Negatorienklage ſei nichts anders als rei vindicatio *partis dominii*. Es ſtreite nicht blos eine Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums, ſondern der Eigenthümer habe mit ſeinem Eigenthumsrechte auch deſſen geſetzliche Natur der Unbeſchränktheit erwieſen.

Gegen dieſen trat ein anderer Gegner (Munke) im vierten Jahrgang 1836 Nr. 28 auf. Er ſagt: gegen das nach der Kunſtſprache der Logik analytiſche Urtheil: „der Eigenthümer hat das Ganze der Nutzungsrechte, ergo hat er auch jedes einzelne derſelben", gegen dieſe bloße Auflöſung des Begriffs „Eigenthum" laſſe ſich in der That nichts einwenden. Aber ſei hiermit etwas zur Entſcheidung der Streitfrage gewonnen? Jener Syllogismus beweiſe entweder zu viel oder gar nichts.

Wolle man ſtreng an dem zu Grund liegenden Begriff des Eigenthums, als eines weſentlich uneingeſchränkten feſthalten, dann gäbe es überall keine jura in re aliena mehr. Das Geſetz lege freilich dem Eigenthum das Merkmal der Uneingeſchränktheit bei, aber nicht weſentlich ſei das Merkmal, vielmehr weſentlich beſchränkt auf eine beſtimmte Art der Benutzung oder Verfügung ſei jedes andere Recht an einer Sache und nur im Gegenſatz hievon nenne man das Eigenthum uneingeſchränkt, weil und in wiefern es nach einer Seite hin — secundum quid — da, wo es nicht mit einem dinglichen Specialrecht an der Sache kollidire, unbeſchränkt ſei. Wem ein ſolches Sperialrecht zuſtehe? das ſei die Streitfrage und eine zu löſende quaestio facti, da keinerlei geſetzliche Präſumtion einſchlage. Richtig werde die Negatorienklage vindicatio partis dominii genannt. Was ſei nun natürlicher, als ab universali ad particulare zu ſchließen und die Grundſätze von der vindication überhaupt hier

anzuwenden? Diesen Grundsätzen gemäß bedürfe es keiner negator. actio, so wenig als einer vindicatio gegen bloße Störungen im Besitze. Hier seien andere Rechtsmittel ausreichend. Wenn der Negatorienkläger ein bestimmtes Specialrecht, z. B. das Weidrecht, petitorisch in Anspruch nehme, so müsse er auch den Beweis führen.

§. 3. Die verschiedenen Meinungen älterer und neuerer Zeit über die Streitfrage nach gemeinem Recht und ihre Vertheidiger finden sich in *Cocceji* und dessen Herausgeber Emminghaus, so wie auch später in Hufelands Revision mit allen gebrauchten Gründen und Gegengründen zusammen geordnet. Die Meinung derjenigen Schriftsteller, welche den Besitzer der Dienstbarkeit für beweispflichtig halten, gründet sich hauptsächlich auf zwei Rechtsregeln. Die erste sprechen die Pandekten aus mit den Worten:

„*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*"

Der Sinn dieses Ausspruchs ist aber, wie gründliche Prozessualisten, namentlich Linde gezeigt haben, nur der: Derjenige, welcher auf eine Thatsache, sei sie positiv oder negativ, eine Klage oder Einrede stützt, hat sie zu beweisen, nicht Derjenige, der die Klage oder Einrede widerspricht.

Die zweite allgemeinere vermeintliche Regel ist die, daß die Präsumtion für die Freiheit des Eigenthums stärker sei als die für den Besitzer. Wer sich jedoch darauf beruft, macht sich einer petitio principii schuldig, denn diese Regel ist es ja, welche erst noch nachzuweisen wäre. „Die natürliche Freiheit der Sachen (sagt A. D. Weber in seinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 131), das Recht des Eigenthümers, das Seinige für sich zu nutzen, und keinem Andern den Gebrauch oder Vortheile daraus zu gestatten, ist freilich Folge des Eigenthums, und man kann im Allgemeinen immer sagen, daß mit dem Eigenthume zugleich dieses Recht, als Folge desselben, mit bewiesen sei. Da aber dies Recht doch auch Einschränkungen durch besondere Rechte Anderer zuläßt, so muß es natürlich aufhören wirksam zu sein, nicht nur 1) wenn dergleichen entgegenstehende Rechte erwiesen sind, sondern auch 2) wenn in Ansehung ihrer so viel beigebracht ist, daß schon eine Rechtsvermuthung dafür streitet, und der Eigenthümer diese durch den Beweis des Gegentheils nicht zu heben vermag. Dergleichen Rechtsvermuthung giebt nun bekanntlich der Besitz, und es ist daher nicht abzusehen, warum dieser bei Rechten, die an sich mit fremdem Eigenthume ganz vereinbarlich sind, nicht auch selbst gegen den Eigenthümer die volle Wirkung haben sollte, die ihm die Gesetze einmal zugestanden haben." Einen besondern Grund, den Hufeland aus L. 5. D. si usufr. petat, hergenommen hat, hat Weber gleichfalls loc. cit. widerlegt und gezeigt, daß das Gesetz im Ganzen nichts weiter sage, als daß der formelle ususfructus in der Person des Eigenthümers nicht denkbar sei, nach der bekannten Regel: res propria nimini servit." Daß daher der Eigenthümer, um das Recht der Nutzung zu vindiciren, die confessorische Klage für sich nicht anwenden könne. „Nach meiner Ueberzeugung (so schließt seine Abhandlung) wird die Meinung, welche dem Kläger die Beweisführung auflegt, nach ächten Rechtsgründen erwogen, immer ein großes Uebergewicht behalten." Diese Meinung hat nebst Thibaut, Mackeldey und andern neuern Juristen in der jüngsten Zeit auch einer der besten Civilisten, Hofrath Professor Feitz dahier in seinen Erläuterungen zu Wening Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, zweiten Hefts, S. 369 und folg. ausgesprochen und gründlich vertheidigt, insbesondere auch noch die Gründe von Hufeland widerlegt.

Auch meines Dafürhaltens ist nach Buchstabe und Geist des römischen Rechts der Besitzer einer Servitut von der Beweislast des Rechts frei und zwar aus folgenden Gründen: 1) der Besitzer braucht seinen Titel nicht zu ediren, d. h. den Rechtsgrund seines Besitzes nicht anzugeben, L. 11. Cod. de pet. hered., L. 24. de rei vind., L. ult. Cod. eod., 2) der Besitzer hat gesetzliche Rechtsmittel zum Schutz in seinem Besitze, die allgemeinen und besondern Interdikte, namentlich interdictum uti possidetis und utrubi im Fall der Störung L. 4. uti poss. (113. 17.) Savigny vom Besitz S. 417 und 418, und das interd. *unde vi* im Fall der Entsetzung, L. 60. pr. de usufr., L. 3. §. 13—16, L. 9. § 1, L. 10. *de vi.*

Thibaut, Pand. Syst. 2. Bd. §. 623.

Aus diesen allgemeinen Wirkungen und Vortheilen des Besitzes folgt nothwendig die Freiheit des Besitzers von der Beweislast über die rechtliche Erwerbung des Besitzes, denn wer seinen Titel nicht einmal anzugeben braucht, weil die gesetzliche Vermuthung dafür spricht, hat um so weniger nöthig, einen Beweis darüber zu führen. Da

ferner aus eben diesem Grunde der Besitzer die gesetzlichen Schutzmittel ansprechen darf, so muß ihm auch der angerufene Schutz so lange gewährt werden, als nicht der Gegner durch Beweis von Thatsachen, welche die Unrechtmäßigkeit des Besitzes klar darlegen, die gesetzliche Vermuthung aufgehoben hat. Diesen Beweis vermag der Gegner des Besitzers entweder schon im Besitzprozeß im kurzen Wege zu führen, wenn dieser auf Schutz im gestörten Besitz oder auf Wiedereinsetzung in den verlornen Besitz geklagt hat. Dann wird der Besitzprozeß durch das klare Recht verschlungen und über letzteres zu Gunsten des Gegners erkannt — nach dem bekannten Rechtsaxiom: „liquidum petitorium absorbet possessorium“ *); oder der Gegner vermag nicht in continenti das Unrecht des Besitzers klar zu machen, dann wird in possessorio zu Gunsten des Besitzers erkannt, vorausgesetzt, daß der Besitz selbst vom Gegner nicht widersprochen oder im Falle des Widerspruchs vom Besitzkläger erwiesen worden ist.

Tritt nun der Eigenthümer einer Sache (eines Guts) mit der Negatorienklage gegen den Besitzer einer Dienstbarkeit auf, so genügt es nicht zur Klagebegründung, daß er das Eigenthum behaupte und sich auf die natürliche Freiheit des Eigenthums berufe, sondern da der vom Gesetz begünstigte Besitz seiner behaupteten Freiheit entgegensteht, so muß er nothwendig Thatsachen anführen, wodurch die gesetzliche Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes aufgehoben wird, daher die Wirkungen desselben aufhören müssen. Solche Thatsachen sind entweder solche, aus welchen hervorgeht, daß der Besitz fehlerhaft (poss. vitiosa) sey, was der Fall ist, wann der Besitz *vi, clam* aut *precario* erworben worden, daher nicht geeignet ist, die Rechtsvermuthung für die Erwerbung durch Titel zu begründen, L. 1. §. 5. D. uti possidetis, oder, wenn er durch solche Thatsachen den Besitz zu entkräften nicht vermag, so muß er behaupten und beweisen, daß er die Freiheit seines Eigenthums ersessen habe; denn gegen einen Dritten — ein solcher ist der Servitutbesitzer im unterstellten Falle — hat der Kläger das Eigenthum im vollen Umfange, also mit der Freiheit von der Servitut, noch nicht durch seinen Erwerbstitel (auch noch nicht durch die bei uns vorgeschriebene Eintragung der Liegenschaft ins Grundbuch) erwiesen, da bekanntlich es eine Hauptregel ist, daß durch Verträge nur unter den Contrahenten Rechtsverhältnisse begründet werden, daß also ein Dritter weder dadurch verpflichtet wird, noch sich Rechte daraus zuschreiben kann. Wenn nun auch in der Erwerbsurkunde ausdrücklich versichert wird, daß dem Erwerber das Gut, die Liegenschaft u. s. w. frei von allen Lasten und Dienstbarkeiten übertragen werde, es verhält sich aber in der That anders, indem ein Dritter eine Servitut an der nämlichen Sache ausübt, so ist der Eigenthumserwerber mit seiner besagten Urkunde nicht im Stande, die Freiheit seines Eigenthums dem Besitzer der Servitut gegenüber zu begründen, sondern er muß weiter darlegen, daß er außer seinem Titel auch noch die Ersitzung der Freiheit für sich habe, nämlich, daß er die Verjährungszeit hindurch die Sache besessen habe, ohne daß der Zustand — die äußere Anlage, welche das Dasein einer Dienstbarkeit offenbart, ohne daß der anmaßliche Inhaber einer Servitut solche innerhalb dem zur Ersitzung für den Eigenthümer erforderlichen Zeitraum ausgeübt habe. Damit steht auch die Note in Zachariä's Handbuch zum Code Napoleon Bd. 1, §. 209 im Einklang, die so lautet:

> „und eine jede Erwerbung bedarf zu jenem Zwecke — damit sie endgültig sei — der Ersitzung, wenn und inwiefern sie nicht in Beziehung auf einen jeden Dritten gültig ist. Es giebt in der That nur einen einzigen Beweis des Eigenthums, den, welcher durch den Beweis der Ersitzung geführt wird.“

Dies ist meines Erachtens ein Hauptgesichtspunkt bei dem Streite, der von den Gegnern älterer und neuerer Zeit, namentlich von Strick im usus modernus, im Schmidt von Klagen und Einreden und Andern außer Acht gelassen worden ist, und noch heute bei den Verhandlungen und Entscheidungen fast aller Negatorienklagen übersehen wird — hinc illae lacrimae! Man nimmt nämlich an, daß, wenn der Negatorienkläger seinen Eigenthumstitel vorgelegt (bei uns auch noch die Eintragung nachgewiesen) hat, oder wenn der Beklagte das Eigenthum des Klägers im Allgemeinen zugegeben hat, damit die angestellte Klage dem Besitzer der Servitut gegenüber schon begründet und erwiesen sei, daher dem Beklagten nunmehr obliege, seine (vermeintliche) Einrede — die Thatsache des Dienstbarkeitsrechts an dem Eigenthum des Klägers zu beweisen. Kommt

*) *Evidentia* rei in petitorio, *manifestum* petitorium absorbet possessor. sagt Pütter in seinen auserles. Rechtsf. Bd. 2 resp. 229, Müller, prompt. juris, tom 8, sub voce petitor.

Digitized by Google

nun der Beklagte mit dem Beweise, wie gewöhnlich nicht auf, so wird er verurtheilt und seines Besitzes entsetzt. Dies ist aber Unrecht und ein verkehrtes Verfahren, weil, wie oben ausgeführt, der Negatorienkläger, dem sein Titel dem Dritten gegenüber wohl als Klagrecht — als Legitimation zur Sache — nicht aber als Klaggrund dienen kann, zur Begründung seiner Entwährungsklage hauptsächlich Thatsachen anführen muß, aus welchen hervorgeht, daß er ein unbeschränktes Eigenthum den Dritten gegenüber, die Freiheit von jener Last, welche der beklagte Besitzer ihm zumuthet, erworben habe. Hat der Kläger diesen Beweis geführt, so kommt erst an den Beklagten die Reihe, sein Dienstbarkeitsrecht, wozu der Besitz nicht mehr hinreicht, zu beweisen. Solche Negatorienklagen, wie sie die Gegner mit vermeintlicher Cautel anzustellen rathen und wie sie daher auch gewöhnlich angestellt werden, sind in Rechten unbegründet und sollten daher, ohne Ladung darauf zu erkennen, vom Richteramt ohne Weiteres verworfen werden. Der Schluß, woraus solche Klagen bestehen:

„ich bin Eigenthümer, also bin ich frei von Dienstbarkeiten oder überhaupt von dinglichen Lasten,"

ist ein gewaltiger Sprung und nicht folgerichtig.

Wenn gleich das Eigenthum in der Befugniß über die Substanz und den Gebrauch einer Sache zu verfügen besteht, so ist doch die Ausschließung eines Dritten vom Mitgebrauch an der nämlichen Sache nicht wesentlich und nicht nothwendig, wohl aber gehört zum Wesen der Dienstbarkeit der Genuß an einer Sache, woran das Eigenthum einem Andern zusteht und es hat das Gesetzbuch eben so für die Dienstbarkeiten wie für das Eigenthum die gehörigen Bestimmungen und Rechtsmittel gegeben. Es ist also die Unbeschränktheit, oder die Freiheit des Eigenthums nicht absolut, sondern nur relativ, nämlich nur insofern, als nicht Verhältnisse oder Zustände obwalten, welche dies Eigenthum in irgend einer Art beschränken. Ein solches Verhältniß ist unter andern der Besitz einer Dienstbarkeit, den ein Dritter am Eigenthum ausübt, und so lange dieser Besitz nicht entkräftet ist, kann auch von der Freiheit des Eigenthums, die mit der Wirklichkeit im Widerspruche steht, keine Rede sein — beati possidentes —.

3) Außer den obangeführten allgemeinen Wirkungen des Besitzes überhaupt sind für den Besitzer einer Servitut noch besondere gesetzliche Bestimmungen vorhanden. So geht aus einer Pandektenstelle — fr. 15. D. de nov. op. nunc (39. 1) unwidersprechlich hervor, daß der Negatorienkläger die Freiheit beweisen muß. „Hätten wir keine andere Stelle als diese — sagt Fritz loc. cit — so müßten wir mit Schweppe bei beiden Klagen (der confessorio und negatoria) immer dem Kläger die Beweislast auflegen, ohne alle Rücksicht auf Besitz, denn es heißt dort: — petitoris partes tenere — heiße beweisen müssen. Aber aus einer andern Pandektenstelle — fr. 8. §. 3. D. si serv. vind. (8. 15) ersieht man, daß man hier den Ausdruck: petitor. nicht von dem Kläger allein zu verstehen hat, sondern daß er nur zur Bezeichnung desjenigen dient, den die Beweislast obliegt. Diese Stelle sagt nämlich von dem Streit über die servitus tigni immittendi: petitoris partes habe der Eigenthümer des angeblich dienenden oder des angeblich herrschenden Gebäudes, je nachdem tigna immissa seien oder nicht. Der Gegensatz von *petitoris* partes tenere wird mit dem Ausdruck bezeichnet: *possessoris* partes tenere. Nach dem wörtlichen Inhalt dieser Stelle, verglichen mit der ersten, hat es also bei der serv. tigni immittendi keinen Zweifel, daß derjenige die Beweislast hat, welcher den Besitzstand gegen sich hat, daß jedoch Ulpians Ausspruch nicht auf diese Servitut allein zu beschränken sei und daß es eine verkehrte Art wäre, Pandektenstellen so auszulegen, die von einzelnen Fällen handeln, ist von Seuffert und Fritz loc. cit. richtig bemerkt und ausgeführt. Wenigstens wird so viel unbedenklich angenommen, daß Derjenige, welcher in possessorio den Sieg davon getragen hat, in petitorio von der Beweislast frei sei. Dafür spricht nämlich 1) die allgemeine römische Ansicht, daß das possess. dazu diene, über die Beweislast im petitorium zu entscheiden — §. 4. Inst. de interdict. (4. 15), 2) der Umstand, daß in der obigen Stelle der Ausdruck „possessor" als technischer Ausdruck zur Bezeichnung Desjenigen gebraucht wird, welcher von der Beweislast frei ist und endlich 3) eine Pandektenstelle — fr. 1. §. 45. D. de aqua quotid. et aest. (43. 20), welche von dem für die servitutes rusticae eingeführten edicta veluti possessoria sagt: „causam praeparant", was man nicht wohl anders verstehen kann, als wer hier siegt, der bleibt während des petitorischen Prozesses im Besitz und ist von der Beweislast frei. vid. Fritz loc. cit.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druck und Verleger Chr. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 22. Januar 1842.

I.

1) Wer hat bei der gegen den Besitzer einer Servitut angestellten Negatorienklage den Beweis zu führen?

2) Wie ist der Zeugenbeweis in einem solchen Falle zu beurtheilen, insbesondere ist das Zeugniß eines Volljährigen von Wahrnehmungen gültig, die er in der Jugend vor erreichter Vollmündigkeit gemacht hat? Die Antwort entfalten folgende zwei Rechtsfälle.

(Schluß.)

Dieser Ausführung zufolge konnte in vorliegendem Rechtsfalle — nach gemeinem Rechte betrachtet dem Negatorien — Beklagten, der ein possessorisches Urtheil für sich hatte, der Beweis des Dachtraufrechts nicht obliegen. Es fragt sich daher noch: ob nach unserm inländischen Privatrechte die Sache sich anders verhalte?

§. 4. Die Gegner des Besitzers führen zunächst die Landrechtssätze 690 und 691 gegen ihn an, welche also lauten:

S. 690. „Offene und zugleich selbstständige Dienstbarkeiten erwirbt man durch Vergünstigung oder durch dreißigjährigen Besitz."

S. 691. „Verborgene, jedoch selbstständige Dienstbarkeiten, so wie unständige Dienstbarkeiten, sie seien offen oder verborgen, erwirbt man allein durch Vergünstigung. Sie zu erwerben ist selbst ein unfürdenklicher Besitz nicht hinreichend; in Gegenden, wo sie jedoch vorhin auf solche Weise erworben wurden, dauern sie fort, sobald sie schon durch verjährten Besitz bei Verkündung dieses Gesetzbuchs erworben sind.

Diese Gesetzstellen handeln von den verschiedenen Erwerbungsarten der Dienstbarkeiten, nicht aber von den Wirkungen des Besitzes im Allgemeinen, sondern nur in besonderer Beziehung auf die verborgenen und unständigen Dienstbarkeiten, welche künftig auf keine andere Art mehr als durch Vergünstigung allein (Titel) erworben werden können. Damit sind die Vortheile des Besitzes (mit der eben gedachten Ausnahme) nicht aufgehoben, vielmehr in den Landrechtssätzen 544 o, 2230 und 2268 ausdrücklich bestätigt. Der erste Satz legt dem Besitz alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers bei. Analogisch findet dieser Ausspruch auch auf die Ausübung einzelner Rechte am Eigenthum, auf den quasi-Besitz, Anwendung. Nach Landrechtssatz 2230 ist die Vermuthung, daß Jeder in eigenem Namen und aus Eigenthumstiteln besitze, so lang nicht erwiesen wird, daß er zuvor für einen Andern besessen habe. Nach S. 2268 wird die Redlichkeit der Inhabung allemal vermuthet, und Derjenige muß den Beweis führen, der sich auf eine Unredlichkeit des Andern bezieht." Hier ist also die Rechtsvermuthung für die Redlichkeit des Besitzes klar ausgesprochen und ausdrücklich mit dürren Worten dem Anfechter des Besitzes der Beweis aufgelegt. Wenn nun auch die Controverse nach dem gemeinen Rechte darüber bestanden ist, ob dem Negatorienkläger oder dem beklagten Besitzer die Beweispflicht obliege? so ist doch bei Ansicht obiger klaren Gesetzesstellen unsers Landrechts billig kein Zweifel mehr darüber zu erheben, daß, wenn der Negatorienkläger die Rechtmäßigkeit des Besitzes angreifen will, Er den Beweis führen muß, daß der Beklagte vi, clam aut precario besitze.

Indessen ist durch die auch von den Gegnern angerufene Prozeßordnung, welche als ein Gesetz promulgirt

Digitized by Google

und eingeführt worden, im Titel vom Besitzprozesse §. 747 unter Anführung des Landrechtssatzes 691 die Bestimmung getroffen, daß Besitzklagen bei unständigen und verborgenen Dienstbarkeiten nur unter der Voraussetzung stattfinden, daß der Kläger zugleich den Rechtstitel der Erwerbung beibringe. Durch diese neueste gesetzliche Bestimmung tritt also in Ansehung dieser Art von Dienstbarkeiten eine Ausnahme von der Regel ein, daß der Negatorienkläger den Beweis gegen den Besitzer führen muß, denn da das Gesetz dem Besitzkläger bei solchen Dienstbarkeiten das Rechtsmittel ausdrücklich versagt, wenn er sich nicht auf den dargelegten Rechtstitel gründet, so folgt daraus nothwendig die Freiheit des Eigenthümers von der Beweislast, sonst entstünde der offenbar logische Widerspruch, daß beiden streitenden Theilen über den nämlichen Beweissatz, über eine und dieselbe Thatsache, zugleich die Beweispflicht obläge.

In Beziehung auf unständige und verborgene Dienstbarkeiten weiche ich also von der Meinung derjenigen ab, welche bei allen Dienstbarkeiten ohne Unterschied ihre Beweisregel geltend machen wollen, und ich bin dieser Ausnahme von der Besitzbegünstigung der unständigen Dienstbarkeiten um so mehr geneigt, weil sie nicht, wie andere Servituten, durch einen fortdauernden factischen Zustand, sondern durch wiederkehrende Handlungen des angeblich Berechtigten ausgeübt werden, welche es sehr zweifelhaft machen, ob bei ihnen auch ein analoger Besitz — quasi possessio anzunehmen sei, wenn nicht sichtbare Zeichen zugleich die Ausübung eines Dienstbarkeitrechs ankündigen.

§. 5. Was ad B den vom Negatorienbeklagten angetretenen und gerichtlich erhobenen Zeugenbeweis anbelangt, so ist in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen anerkannt, daß der erste ein classischer Zeuge, über den Zustand, der das Daseln der Dienstbarkeit ankündet, ganz erschöpfend, sogar auf einen Zeitraum von 40 Jahren ausgesagt hat. Der durch dieses Zeugniß geführte halbe Beweis wird verstärkt, wo nicht ergänzt, durch die Aussage des siebenten Zeugen, welcher schon im Jahre 1801 — also 34 Jahre vor dem Anfang der zwischen beiden Nachbarn begonnenen Streitigkeiten — gesehen hat, daß die Dachtraufe am hintern Theil des jetzt Hasenfratzischen Hauses in einen dort angebrachten Kähner floß, und daß ein Rohr von diesem in schräger Richtung nach dem Götzischen Hause lief. Zwar will der oberste Gerichtshof dieser Aussage gar kein Gewicht beilegen, weil der Zeuge nicht sagen könne, wozu das Rohr gedient habe, und weil er damals erst 7 Jahr alt gewesen sei, mithin zur Zeit der gemachten Wahrnehmung das erforderliche Alter noch nicht gehabt habe; allein in beider Hinsicht möchte diese Ansicht nicht richtig sein, denn wenn man die Aussagen des Zeugen in ihrem Zusammenhange erwägt, und sie nicht isolirt, sondern mit dem ersten Zeugnisse und jenem des sechsten Zeugen, wovon weiter unten die Rede sein wird, in Vergleichung und Verbindung zieht, so kann kein Zweifel über die Bestimmung des Rohrs zur fraglichen Wasserableitung stattfinden. Was das bemängelte Alter des Zeugen zur Zeit seines Sehens betrifft, so ist es zwar richtig, daß Kinder und Unmündige zum Zeugniß unfähig sind, und daß nach dem citirten §. 1 der Eidesordnung nue Zeugen zulässig sind, welche wenigstens das 14. Lebensjahr zurückgelegt haben; daraus folgt aber nicht, daß man nicht dasjenige, was man in der Jugend gesehen hat, in reifern Jahren bezeugen dürfe; zumal die Erfahrung lehrt, daß in den Jugendjahren die Sinneneindrücke am stärksten sind und sinnliche Wahrnehmungen dem Gedächtnisse lebhafter nnd tiefer sich einprägen, als bei ältern Leuten. Die meisten Rechtslehrer sprechen sich dahin aus, und die Praxis stimmt damit überein, daß vollmündige Zeugen über Gegenstände sinnlicher Wahrnehmungen in ihrer Jugend, wenn sie zur Zeit derselben nur die Kindheit, das 7. Lebensjahr zurückgelegt hatten, zulässig sind. Unter Andern mag es genügen, wenn ich mich auf folgende Gewährsmänner berufe, nämlich Lauterbach colleg. th. pr. lib. 22. tit. 5. n. 16., wo er sagt: „In eo tamen omnes (doctores) conveniunt, quod de iis, quae in aetate impubere constituti viderunt, puberes facti testimonium ferre possint, — ejusmodi res, quae in illorum cadunt sensum et intellectum.“ — Claproth ord. Pr. 2. Th. §. 260 c. Martin, Bürg. Prozeß. §. 192 f. Wenn nun demohngeachtet dieses Zeugniß nicht zur Ergänzung des Beweises genügen sollte, so wird es doch in Verbindung mit dem oberwähnten 6. Zeugnisse der Fall sein. Es hat nämlich die Magd, welche im Jahr 1807 bei Eisele in Dienst getreten ist, gesehen, daß die Dachtraufe aus einem an dem Hasenfratzischen Dache angebrachten Kähner durch ein blechernes Rohr in den Schüttstein des Götzischen Hauses geleitet wurde, und bezeugt noch weiter, daß damals das blecherne

Digitized by Google

Rohr schon ganz alt ausgesehen hat. Auch diesem Zeugnisse wurde bei der oberhofgerichtlichen Entscheidung keine Beweiskraft beigelegt, weil die Zeugin erst im Jahr 1807 in Dienst getreten ist, und weil aus dem erwähnten Umstande, daß das blecherne Rohr schon ganz alt ausgesehen habe, nicht mit Nothwendigkeit folge, daß dasselbe schon früher zu eben diesem Zweck angebracht war, sondern es darum doch erst vor Kurzem dazu verwendet worden sein könne; allein! unberücksichtigt durfte dieses Zeugniß eines voll glaubwürdigen Zeugen nicht bleiben, wenn man erwägt a) daß solches beinahe den ganzen Zeitraum einer 30jährigen Verjährung, nämlich von 1807—1835 acht und zwanzig Jahre oder noch weiter — wenn man bis zur Zeit der am 1. Februar 1836 bei dem Stadtamt eingereichten Negatorienklage oder vielmehr der darauf ergangenen Ladung zurückgeht — umfaßt, und b) daß die Vermuthung, das Rohr habe schon länger zu diesem Zwecke gedient, nicht aus der Luft gegriffen ist, weil man kein ganz altes Blech zu einer dauerhaften Vorrichtung in der Regel anzuwenden pflegt, und endlich c) weil dieses Zeugniß, so wie die Vermuthung für das längere Alter mit dem ersten anerkannt classischen Zeugnisse, so wie mit der Deposition des siebenten Zeugen im vollen Einklang steht. Es steht demnach meine Ueberzeugung fest, daß durch diese drei Zeugnisse der vollständige Beweis für die acquisitive Verjährung der Dienstbarkeit des Beklagten hergestellt sei, daher ich nicht einmal für nöthig halte, auch noch die aus den von dem 4. und 5. Zeugen angegebenen Umständen zu ziehenden Folgerungen für das Dasein der Dienstbarkeit darzulegen, und schließe mit der Bemerkung, daß die in den Entscheidungsgründen weiter angezogene Verordnung über den Beweis der unvordenklichen Verjährung als eine singuläre Bestimmung wegen der Eigenthümlichkeit dieser Art von Verjährung keine Anwendung auf unsern Fall leidet, denn gerade aus dem Grunde, weil bei der unvordenklichen Verjährung ein Zustand bezeugt werden solle, welcher über der ältesten Menschen Denken und Hörensagen hinaus reicht, ist die Vorschrift gegeben, daß die Zeugen ein Alter von wenigstens 54 Jahren haben sollen. Diese Verordnung (Gesetz) ist also eine Ausnahme von der Regel und kann nicht ad consequentiam gezogen werden.

Donsbach.

II.

Sind beide Fristen, von welchen der §. 78 des Preßgesetzes handelt, als Nothfristen zu betrachten?

Das Charakteristische der Nothfristen besteht darin, daß sie vom Richter weder verkürzt noch verlängert werden dürfen. Sie kommen hauptsächlich bei den Rechtsmitteln vor. Im bürgerlichen Prozeß sind die Nothfristen zur Anmeldung der Appellation auf 8 oder 14 Tage und zur Rechtfertigung selbst auf 21 oder 42 Tage festgesetzt. Prozeßordnung §. 1187, 1195 und 1206. In der Wirkung besteht jedoch zwischen beiden Fristen ein wesentlicher Unterschied. Durch die Versäumung der Anmeldungsfrist ist eo ipso der Suspensiveffekt verwirkt. Prozeßordnung §. 1180 und 87. Dagegen hat die Versäumung der Rechtfertigungsfrist für sich allein noch keineswegs den Verlust des Rechtsmittels zur Folge. Nach Ablauf dieses Termins muß die Gegenpartei erst auf Verfallenerklärung anrufen, von deren Zustellung an dem Appellanten noch eine Frist von 14 Tagen zur Nachholung des Versäumten läuft; ohne daß er nöthig hat, Wiederherstellung zu suchen. Auch ist die Rechtfertigung innerhalb 21 oder 42 Tagen noch zulässig, wenn die Anmeldung in der ersten Nothfrist unterblieben war. Man sieht hieraus, daß es der Gesetzgeber mit der zweiten Nothfrist bei weitem nicht so streng genommen wissen will wie mit der ersten. Gehen wir nach dieser Einleitung zum Preßgesetz über, so stimmt der §. 78: „Die Appellation ist innerhalb einer Nothfrist von drei Tagen nach eröffnetem Urtheile bei dem Hofgerichte schriftlich anzuzeigen, und längstens innerhalb weiterer acht Tage zu rechtfertigen.“ Der §. 79 verfügt im zweiten Absatz weiter: „Unterbleibt die Anzeige in der Nothfrist, so ist gleichwohl innerhalb der acht Tage (§. 78) die Rechtfertigung noch zulässig mit der Wirkung, daß vom Augenblick dieser Rechtfertigung an der fernere Vollzug wieder aufgehalten wird.“ —

Hier ist nun ganz deutlich nur der Anmeldungstermin als Nothfrist bezeichnet, und der Rechtfertigung, welche innerhalb acht Tagen nach dem Anmeldungstermin eingebracht wird, noch aufschiebende Wirkung in tantum beigelegt. Daraus läßt sich also folgern, daß die Rechtfertigung, welche erst nach Ablauf der weiteren acht

Digitized by Google

Tage einkommt, keinen Suspensiveffekt mehr hat. Da aber der zweite Termin weder für eine Nothfrist erklärt noch irgendwo ausgesprochen ist, daß dessen Ablauf den Verlust des Rechtsmittels selbst zur Folge haben soll, so ist die später einkommende Rechtfertigung nicht schlechthin unzulässig, d. h. nicht kraft Gesetzes unstatthaft, sondern nur die aufschiebende Wirkung verloren. Nicht jede gesetzliche Frist ist zugleich eine Nothfrist; die letztere muß von dem Gesetz ausdrücklich und wörtlich dafür erklärt sein. Annalen von 1834 Nr. 41 S. 246, 47. Wollte man aus dem im §. 78 gebrauchten Worte „längstens" die Natur der Nothfrist deduciren, so müßte man auch die im §. 45 des Preßgesetzes bestimmte Frist von drei Tagen aus dem nämlichen Grunde für eine Nothfrist erklären, was sie doch offenbar weder ist noch sein kann. Diese Fristen sind zwar termini legales, aber auch term. fatales. Nur die letzteren sind unerstreklich, die ersteren hingegen nicht. Darf sonach eine gesetzliche Frist, welche kein fatale ist, vom Richter verlängert werden, so ist auch eine verspätete Rechtfertigung noch zulässig, wenn gleichzeitig Wiederherstellung nachgesucht wird. Dieß führt uns zu einer näheren Erörterung darüber, wie das Frist- oder Wiederherstellungsgesuch beschaffen sein muß. Bekanntlich sind die §§. 78—80 des Preßgesetzes nach der Instruktionsverordnung vom 17. Februar 1832 auch auf die Appellationen in Ehrenkränkungssachen anwendbar. Nun hat bereits das großherzogliche Justizministerium in einer Entschließung vom 10. April 1838 Nr. 1604 zur Beseitigung wahrgenommener Zweifel über die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 3. August 1837 (Regierungsblatt Nr. XXV.) den Rekurs in gerichtlichen Straffachen betreffend, sämmtliche Gerichte darauf aufmerksam gemacht: daß nach Art. 12 auch bei Injuriensachen sowohl eine Verlängerung der durch §. 3 der Instruktionsverordnung vom 17. Februar 1832 bezüglich auf §. 78 des Preßgesetzes festgesetzten achttägigen Frist zur Rekursausführung, wie gegen deren Ablauf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig sei. Damit conform hat das großherzogliche Oberhofgericht in einem Publicandum über das Verfahren in Ehrenkränkungssachen ausgesprochen: die achttägige Frist zur Appellationsrechtfertigung könne aus erheblichen Gründen erstreckt und eben so im Falle ihrer Versäumniß vom Appellationsrichter Wiederherstellung ertheilt werden — Jahrbücher, N. F., I. Jahrgang, S. 258. Wenn dieß in den Blättern für Justiz ꝛc. II. Jahrgang, S. 412 getadelt wird, weil das Gesetz hievon nicht spreche; so ist damit zugleich eingeräumt, daß eben dieses Gesetz der richterlichen Nachsicht nicht entgegenstehe.

Ist die Frist vom Gesetz nicht für ein fatale erklärt, so versteht sich von selbst, daß sie erstreckt und daß gegen den Ablauf derselben Wiederherstellung ertheilt werden darf. Dazu fordert der §. 12 des Gesetzes v. 3. Aug. 1837 erhebliche und hinreichend bescheinigte Gründe, damit man mit der gesetzlichen Frist kein muthwilliges Spiel treiben kann. Es geht daraus zugleich hervor, daß auch die 3wöchentliche Frist zur Ausführung des Recurses in gerichtlichen Straffachen kein fatale sei. Sie ist so wenig als der Anmeldungstermin von 8 Tagen irgendwo für eine Nothfrist erklärt und an die Versäumung des Letzteren wieder nur der Verlust des Suspensiveffects geknüpft. Nachdem wir nun gefunden haben, daß der Termin zur Ausführung devolutiver Rechtsmittel in Straffachen weder nach dem Ausspruch noch nach dem Geiste unserer heutigen Gesetzgebung eine Nothfrist ist, bleibt uns hinsichtlich der Preßvergehen und Preßverbrechen insbesondere nur noch Weniges zu bemerken übrig. Wenn das Justizministerium und das oberste Gericht des Landes darin einverstanden sind, daß bei Injurien, welche nicht durch die Presse verübt wurden, die 8tägige Frist zur Ausführung der Appellation vom Richter erstreckt, beziehungsweis Wiederherstellung gegen deren Ablauf ertheilt werden kann, so muß dieß auch auf Injurien, welche durch die Presse verübt worden sind, um so gewisser Anwendung finden, als der §. 3 der Instr. Verordnung v. 17. Febr. 1832 verfügt: „Die im §. 14 des Gesetzes erwähnte Berufung an das Obergericht unterliegt denselben Förmlichkeiten, welche die §§. 78—80 des Preßgesetzes vorschreiben. Die in diesen Paragraphen enthaltenen Vorschriften sind aber, ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Anklage, ganz allgemein und daher nicht blos von Injurien, sondern von allartigen Preßvergehen und Preßverbrechen zu verstehen. War übrigens der 8tägige Rechtfertigungstermin, wie gezeigt, schon vom Ursprung an kein fatale, so tritt nach Ansicht der landesherrlichen Verordnung v. 28. Juli 1832 (Reg. Bl. Nr. 42. S. 371.) noch der besondere Umstand hinzu, daß der gesetzliche Grund für die Fixirung so kurzer

Digitized by Google

Fristen hinweggefallen ist. Unter Voraussetzung der Preßfreiheit lag es sowohl im Interesse der öffentlichen Ordnung als der Journalistik, daß die gerichtlichen Verfolgungen thunlichst beschleunigt werden. Die Wiedereinführung der Censur hat aber die Gelegenheit zu Preßvergehen, welche im öffentlichen Interesse zu verfolgen wären, so ziemlich abgeschnitten, indem die Journale nur hin und wieder noch wegen Injurien angeklagt werden, die ihrer Natur nach kein so außergewöhnlich schleuniges Verfahren erfordern. Mag auch das Arium: cessante ratione legis, cessat lex ipsa — unrichtig sein, so dürfte doch der angeführte Umstand eine milderе Anwendung des Gesetzes zu Gunsten der Rechtsmittel sattsam motiviren. Die Praxis der Gerichte hat sich dafür bereits in so fern entschieden, als sie die Verhandlung und Entscheidung der Preßvergehen keineswegs mehr zu den eilenden Sachen rechnet, indem oft eine Appellation 4 bis 5 Monate auf sich beruht, ehe Tagfahrt zur Schlußverhandlung anberaumt wird, während vor dem Erscheinen der Verordnung v. 28. Juli 1832 die Procedur in Preßsachen vorzugsweis beschleunigt wurde und werden mußte.

Durch die bisherigen Betrachtungen dürfte hinreichend dargethan sein, daß nur die dreitägige Anmeldungsfrist als ein fatale, der achttägige Rechtfertigungstermin dagegen als eine gesetzliche Frist anzusehen ist, welche nach Umständen vom Richter erstreckt und gegen deren Ablauf nicht minder Wiederherstellung ertheilt werden kann.

Bayer.

III.

Sind Schafweidefrevel auf Feldern — im Gegensatz der Waldungen — strafbar und die Gesetze hierüber vollständig und zweckmäßig?

Die amtlichen Erkenntnisse über derartige Weidfrevel verfügen fast durchgehends gegen den Beschädiger außer dem Schadenersatz eine willkührliche Geldstrafe, die sie bald dem Verletzen, bald dem Aerar zufließen lassen. Dieser Geldstrafe wegen sind Rekurse nicht selten. Ihr Richter hat sich nun vor Allem die Frage über die Legalität der Strafe zu lösen. Er ist damit ausschließlich auf die hieher bezüglichen Schlußparagraphen 13. 14. 15. 16. der Verordnung vom 12. Mai, Regierungsbl. 1818. S. 65. verwiesen. Diese enthält aber augenscheinlich nur einige fragmentarische Bestimmungen über die Prozedur und Schadensausmittlung. Sie bezweckt nach ihrem im Eingang ausgedrückten Motive Schutz der Agricultur gegen unbefugtes Schafweiden auf Feldern und in den §§. 173 und 174 des Forstgesetzes finden wir das Schafweiden in Waldungen mit empfindlicher Strafe bis zu der fast zu vigorösen Bestimmung verpönt, daß jene außer dem Thäter auch den Vieheigenthümer bei einigem Verschulden bis zum vollen Maaße treffen könne, dennoch ist dort für die Erreichung des aufgestellten Zweckes kein Mittel an die Hand gegeben. Mag sich auch das Rechtsgefühl des Richters gegen eine Straffreierklärung sträuben, es tritt ihm der erste Strafrechtsgrundsatz entgegen: nulla poena sine lege, und der Schafhirte kann sich eines solchen Privilegiums wirklich freuen. Daß das Herüberziehen der Bestimmungen des Forstgesetzes, welches nach dem Schlußsatz des §. 8 nur auf das Waldareal Bezug hat, unzulässig ist, wird so wenig bezweifelt werden, als überhaupt jede analoge Intergretation den Strafgesetzen fern gehalten werden muß. Doch, mag man einwenden, seien die Schafweidefrevel auf Feldern dennoch keineswegs von jeder Strafe eximirt, dem Bürgermeister stehe vielmehr als Gemarkungspolizei-Beamter ihre Bestrafung nach Maßgabe des Organisationsedikts vom 26. Nov. 1809. Beil. B. 7 e., verbunden mit den §§. 41. 48. 51. der Gemeindeordnung, gesetzlich zu, und könne man z. B. in Dollmätsch Sammlung Bd. I. S. 274. 549. 563. 582. 591. mitunter sehr energische Strafandrohungen gegen unbefugtes Schafweiden bis zu 3 Reichsthalern das Stück zu Gesicht bekommen. Allein dieses bunte Gemisch von Localverfügungen bietet nun zunächst dem Richter durchaus keine beachtenswerthe Entscheidungsnorm, sodann ist jene Einwendung blos illusorisch.

Das spezielle Gesetz über die Behandlung der besagten Frevel wird durch die generellen Bestimmungen der Gemeindeordnung nicht deregirt und ist überdies die Bestrafung der Schafweidenfrevel durch eine Verordnung der Unterrheinkreisregierung vom 12. März, Amtsbl. 1838. S. 27, den Ortsvorständen ausdrücklich untersagt. Uebrigens abgesehen hievon, und wenn man ihnen auch ein Strafrecht einräumen wollte, müßte die Strafe jedenfalls vorher in jeder Gemeinde öffentlich angedroht werden, und dürfte solche in keinem Falle, da sie eine willkürliche wäre, die Competenz der Ortsvorstände überschreiten.

Digitized by Google

Dadurch aber wäre sie bei nur einigermaßen bedeutenden Weidfreveln mit dem Schaden in gar keinem Verhältniß, somit ohne allen Erfolg, zudem ihr Maaß nach Stadt und Land verschieden, und müßte der Ortsvorstand bei demselben Weidfrevel über die Strafe und das Amt nach der Verordnung vom 12. Mai 1818 über den Schadenersatz erkennen, wobei gar leicht beide Richterbehörden zum Vollmaß dieser Abnormitäten noch völlig conträr judiciren könnten.

Die gesetzliche Strafloſigkeit der erwähnten Weidfrevel ist demnach nicht zu läugnen und die desfallsige Lücke der Gesetzgebung augenfällig. Diese ist aber auch in dem Wenigen, was sie über Schafweidefrevel auf Feldern darbietet, völlig überflüssig und unzweckmäßig. Ersteres, weil jeder Beschädiger schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und insbesondere nach Art. 1382 et sq. des Landrechts zum Ersatz verbunden ist; letzteres, weil die Verordnung vom 12. Mai 1818 für Erreichung ihres deklarirten Zweckes kein Mittel wählt, sondern die Hauptsache, die Festsetzung einer Strafe, außer Acht läßt. Ueberdieß statuirt sie gesetzliche Anomalien, die nirgends eine Rechtfertigung finden lassen. Sie disponirt über bloßen Schadenersatz, also einen rein privatrechtlichen Gegenstand, und doch soll dieser im polizeilichen Wege behandelt, den Betheiligten das unbedingte Wahlrecht der Experten entzogen und ein Rekurs nur mit dem Daseyn eines Schadens von 30 fl. zugelassen werden, welche Bestimmungen in der bestehenden Gesetzgebung nirgends eine Analogie finden. cf. Organisationsedikt v. 26. Nov. Regierungsbl. 1809. Beil. D. Ziff. 8. a—d. und Prozeßordnung 537. 1173.

Diesen theoretischen und praktischen Mängeln der Schlußparagraphen der angeführten Verordnung könnte durch modifizirte Anwendung der forstgesetzlichen Vorschriften auf die besagten Schafweidefrevel einfach abgeholfen werden, welche Abhülfe schon den gleichen Schutz für Wald und Feld und zwar für letzteres um so mehr gebietet, als es die mit saurem Schweiß erzielten Früchte des Landmannes, oft seine einzige Hoffnung auf Jahre lange Ernährung der Familie im Schooße trägt und die Schafweiden ohnehin in der Art, wie sie zur Zeit noch bestehen, ein Krebsschaden für unsere Feldcultur sind. *)

Reininger.

*) Die §§. 13 bis 16 der Vervrdnung vom 12. Mai 1818 handeln nur von demjenigen Schaden, welchen der Schäfereiberechtigte (nach dem Ausdruck des §. 11) „durch vorschriftswidrige Beweidung der Schafe der Production zufügt."

Es verhält sich hier mit einer solchen Entschädigung etwa, wie mit dem Ersatze des Wildschadens, den der Jagdberechtigte zu leisten hat.

Der Fall aber, wo Jemand, der kein Schafweidrecht hat, den Feldern durch die Schafe wie durch andere Thiere einen Schaden zufügt, gehört nicht hierher.

Eine Beschädigung dieser letzteren Art fällt ohne Zweifel unter den Begriff von Feldfrevel, deren polizeiliche Bestrafung überall keinem Anstand unterliegt. D. Red.

IV.

Zur Auslegung des Landrechtssatzes 921.

Schmitt gegen Schenk.

In der Klage war vorgetragen: Peter Schäfer, dessen Ehefrau schon früher verstorben, habe bei seinem im J. 1821 erfolgten Tode 2 Kinder als seine einzigen Erben hinterlassen, nämlich Catharina Schäfer, die Ehefrau des Beklagten, und Apollonia Schäfer. Am 13. Juli 1819 habe derselbe durch Vermögensübergabe sein in etwa 5000—5600 fl. bestehendes Vermögen seiner Tochter Catharina, beziehungsweis deren Ehemann, dem Beklagten übergeben, dabei aber der Apollonia Schäfer nur ein bei ihrer Verheirathung auszuzahlendes, bis dahin aber zu verzinsendes Capital und ein Wohnungsrecht ausgesetzt.

Apollonia Schäfer sei nun am 6. Oktober 1839 gleichfalls verstorben; sie habe den Kläger durch letzten Willen zu ihrem Universalerben eingesetzt und dieser sodann die Erbschaft angetreten.

Auf diese Thatsachen gestützt verlangte der Kläger den der Apollonia Schäfer an dem Nachlasse ihres Vaters gebührenden Pflichttheil, vorbehaltlich dessen Liquidation, von dem Beklagten.

Hierauf ward vom Unterrichter verfügt: „Die Klage findet nicht statt" und zwar aus dem Grunde, weil die Klage auf Minderung einer Schenkung nicht auf den Erbnehmer des durch diese Schenkung Verletzten übergehe, wenn nicht der Vorbehaltserbe selbst deshalb bereits die Klage erhoben habe.

Allein in Folge der vom Kläger ergriffenen Appellation wurde auf gepflogene Verhandlung durch hofgerichtlichen Beschluß v. 6. Nov. 1841 die amtliche Verfügung aufgehoben, sofort die Ladung auf die Klage zugelassen und

weitere Verhandlung bei dem Gerichtshofe selbst angeordnet.

Entscheidungsgründe:

Der Landrechtssatz 921 bestimmt in seinem ersten Absatze ausdrücklich: eine Minderung der Verfügungen unter Lebenden, wozu nach Landrechtssatz 1100 a. b. und 1100 b. a. auch Vermögensübergaben gehören, könnten diejenigen, zu deren Vortheil das Gesetz den Vorbehalt macht, und ihre Erben und Rechtsfolger verlangen. Zu den Rechtsfolgern der Vorbehaltserben sind aber auch Diejenigen zu zählen, welche durch deren letzten Willen ihre Erbnehmer geworden sind.

Der zweite Absatz dieser Gesetzesstelle bezieht sich auch nicht auf diese Vermächtnißnehmer der Vorbehaltserben, sondern seinem klaren Ausdrucke nach auf die Vermächtnißnehmer ꝛc. des Verstorbenen, d. h. desjenigen, dessen Verfügung unter Lebenden nach seinem Tode (Landrechtssatz 920) der Minderung unterliegt, und er erklärt nur, daß diesem das Recht, die Minderung zu fordern, nicht zustehe. Die Klage auf Minderung wird daher allerdings auf die Vermächtnißnehmer des Vorbehaltserben, welcher nach dem Anfalle einer der Minderung unterliegenden Erbschaft verstorben ist, transferirt, und die hier angestellte Klage erscheint somit in dieser Beziehung als begründet. — Vergl. Baurittel, Handbuch ꝛc. Bd. II. S. 2203 ff. Bayer.

VI.

Auslegung eines Testaments.

Joseph B. hatte drei Töchter: Kreszenz, Martha und Josepha.

Er starb, und hinterließ ein Testament, worin Folgendes gesagt ist:

„3) Habe ich vermöge vorliegendem Vertrag vom September 1824 meinen Tochtermann, Herrn Johann Baptist B., und seiner Gattin Kreszens mein eingenthümlich Haus Nr. 587 und Garten für und um die Summe von 4400 fl. als ein Eigenthum nach Ableben zugesichert und überlassen, wogegen also meine noch andern zwei Töchter in jedem Fall niemalen etwas wiedriges vorzubringen berechtigt sein sollen. Zwar ist mein Wohnhaus sammt dem Hof und Garten auch seit 1802 sammt Ankauf und zur selbigen Zeit theuern Baumaterialien nebst noch hohen Viktualien und übrigen sehr kostbaren Baukosten mich beinahe auf 10,000 fl. zu stehen gekommen, wodurch dieser meiner Tochter schon ein Vortheil von circa 4000 fl. zum Voraus gewährt, so soll diese meine Tochter Kreszens B. bei meiner Verlassenschafts-Vertheilung um 1800, sage Achtzehnhundert Gulden zurückgestellt bleiben, und alsdann jene 1800 fl. meinen zwei Töchtern Martha und Josepha besonders überlassen sein, folglich diesen beiden Töchtern in gleichen Theilen zugethan werden."

„Die Ursache, warum ich obige 1800 fl. Rückfall an die andern meine zwei Töchter, nämlich Martha und Josepha, angeordnet habe, ist lediglich diese und einzig deßwegen, damit die Letztern in ihren rechtlichen Forderungen an dem Nachlasse ihres leiblichen Vaters nicht verkürzt werden, und mithin keine Ursache haben sollen, sich über meine Willensdisposition beklagen zu müssen."

„4) Soll alsdann, nach Abzug vorbesagter 1800 fl. all mein übrig vorhandenes Vermögen meinen drei Töchtern, nämlich Martha, Kreszens und Josepha, jeder zu gleichem Theil zukommen, und wenn aber ein oder die andere dieser meiner drei Töchter bei meinem Absterben nicht mehr am Leben sein sollte, so sollen deren Kinder dafür eingesetzt und als Erben anerkannt sein."

„5) Soll nach meinem Absterben mein ganzes Vermögen obrigkeitlich inventirt, und alsdann, wenn meiner Tochter Kreszens jene oben erwähnte 1800 fl. abgezogen und solche meinen zwei Töchtern besonders zugetheilt worden sind, erst alsdann mein übriges Vermögen in die bestehenden drei Theile überlassen und zugetheilt werden, jedoch alles in Natura und nach dem inventar'schen Anschlag."

Die Töchter sind nun uneinig, wie diese testamentarischen Bestimmungen auszulegen seien.

Das vom Testator hinterlassene Vermögen beträgt rein 18,280 fl. 27½ kr.

Die Kreszenz macht nun die Berechnung folgendermaßen:

Von den	18,280 fl. 27½ kr.
erhalten die beiden Schwestern Martha und Josepha vorhinweg	1,800 „ — „
Der Rest von	16,480 fl. 27½ kr.

Digitized by Google

wird unter die drei Schwestern gleichheitlich vertheilt, wovon es jeder 5,493 fl. 29½ kr. trifft. Die Kreszenz erhält nun bloß diese 5,493 fl. 29½ kr., dagegen erhält jede der beiden Andern zu den . . 5,493 fl. 29½ kr.
noch die Hälfte des mit 1800 fl. ihnen
zugedachten Vorauses . . . . . 900 „ — „
im Ganzen . . . 6,393 fl. 29½ kr.

Die Schwestern Martha und Josepha rechnen dagegen in folgender Weise:

Das ganze Vermögen von 18,280 fl. 27½ kr. wird in drei gleiche Theile getheilt.

Von dem Antheile der Kreszenz per . 6093 fl. 29½ kr.
werden die . . . . . 1800 „ — „
abgezogen, sie erhält also nur . . . 4293 fl. 29½ kr.

Dagegen wird von jenen 1800 fl. die Hälfte mit 900 fl. dem Drittel der Martha und eben so viel jenem der Josepha hinzugeschlagen, so daß jedes dieser
beiden . . . . . 6093 fl. 29½ kr.
und weitere . . . . . 900 „ — „
zusammen . . . 6993 fl. 29½ kr.
bekommt.

Die Kreszenz erhielte nach der ersten Berechnung 5493 fl. 29½ kr.
nach der letzten Berechnung aber nur 4293 „ 29½ „
Unterschied . . . 1200 fl. — kr.

Es fragt sich: welche Berechnung ist die richtige?

Folgende Erwägungen dürften zu Gunsten der ersten (von der Tochter Kreszenz aufgestellten) Berechnung entscheiden:

a) Nach dem §. 3 des Testaments soll die Kreszenz den beiden Schwestern um 1800 fl. zurückgestellt und diese 1800 fl. sollen unter die beiden Schwestern gleichheitlich vertheilt werden, d. h. also: die Kreszenz soll jeder der zwei Schwestern um 900 fl. zurückgestellt werden.

Dies ist nun geschehen, wenn sie 900 fl. weniger bekommt als jede der beiden Andern. Dies ist der Fall nach der von der Kreszenz aufgestellten Berechnung. Die Kreszenz bekommt demnach . . . . 5493 fl. 29½ kr.
jede der beiden andern aber . . . 6393 „ 29½ „
somit mehr als sie . . . 900 fl. — kr.
oder beide ein Mehr von 1800 fl.

Erhielte die Kreszenz 1800 fl. weniger als ein Drittheil des Ganzen, so stände sie den beiden Schwestern nicht nur um 1800 fl., sondern um 2 × 1800 fl. = 3600 fl. zurück; denn was sie weniger bekommt als ihr ein Drittel, das wächst den beiden Andern zu ihren zwei Dritteln hinzu, verdoppelt sich also, wenn von dem Verhältnisse der Kreszenz gegen die zwei Schwestern die Rede ist, wenn nämlich nach dem Ausdrucke des Testaments nur in Betracht kommt, um wie viel die Kreszenz ihren beiden Schwestern zurückstehe.

Wäre aber der §. 3 zweifelhaft, so würde er

b) durch den §. 4 im Sinne der Berechnung der Kreszenz erläutert, indem hier gesagt ist, daß nach Abzug der 1800 fl. alles übrige Vermögen den drei Töchtern zu gleichen Theilen zukomme.

Es müssen also, wie die Kreszenz gethan hat, vom ganzen Vermögen 1800 fl. vorhinweg an die Martha und Josepha vertheilt werden, und alles übrige Vermögen soll in gleichen Theilen auf alle drei Schwestern fallen.

Würde man nach der andern Berechnung verfahren, so würde gegen die Bestimmung des §. 3 das Vermögen zuerst (vor dem Abzug der 18,00 fl.) in drei Theile getheilt, und nicht vom Ganzen, sondern nur vom Antheil der Kreszenz, würden die 1800 fl. abgezogen. In diesem Falle könnte man aber nicht sagen, daß nach Abzug der 1800 fl. alles übrige Vermögen unter die drei Schwestern gleichheitlich vertheilt werde.

c) Zwar sagt der Testirer im §. 5: es sollen „meiner Tochter Kreszenz jene 1800 fl. abgezogen und solche meinen zwei Töchtern besonders zugetheilt werden;“ allein es ist nicht gesagt, daß die 1800 fl. am Antheil der Kreszenz abgezogen werden sollen. Daß unter demjenigen, wovon die 1800 fl. abgezogen werden, das gesammte Vermögen und nicht der Antheil der Kreszenz gemeint sei, geht nicht nur daraus hervor, daß der Eingang des §. 5 vom ganzen Vermögen spricht, und darauf sich die unmittelbar folgende Phrase wegen des Abzugs der 1800 fl. bezieht, sondern auch daraus, daß sonst die nachfolgende Phrase, wonach „erst alsdann (wenn nämlich die 1800 fl. abgezogen sind) das übrige Vermögen in die drei Theile getheilt werden soll,“ gar nicht passen würde. Das übrige Vermögen ist wohl das, welches bleibt wenn man die 1800 fl. abgezogen hat. Würde nun der Abzug nicht am ganzen Vermögen, sondern am Antheil der Kreszens gemacht, so könnte doch das übrige Vermögen, d. h. dasjenige, was am Antheil der Kreszenz, woran die 1800 fl. abgezogen wären, noch übrig bliebe, nicht nochmals unter die drei vertheilt werden. Eine solche nachmalige Vertheilung des Uebrigen ist nur möglich, wenn man unter dem Uebrigen dasjenige versteht, was nach Abzug der 1800 fl. von dem Gesammtvermögen verbleibt, nicht aber was nach Abzug der 1800 fl. vom Antheil der Kreszenz verbleibe, also nur, wenn man annimmt, der Abzug, wovon im §. 5 die Rede ist, habe an dem Gesammtvermögen, nicht aber nach der andern Angabe an dem Antheile der Kreszenz, zu geschehen. H.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 29. Januar 1842.

I.

Noch Einiges über die Staatsanwaltschaft und das Anklageverfahren.

Der Aufsatz über „Staatsanwaltschaft und Anklageverfahren" in Nr. 42 der Annalen v. J. berührt einen so hochwichtigen Gegenstand und die Frage über die zweckmäßigste Art der Ausführung bei uns ist eine so schwierige und folgenreiche, daß eine mehrseitige Besprechung schon dadurch gerechtfertigt erscheinen und darum vielleicht auch dieser Beitrag nicht ganz unnütz sein mag.

I. Daß das reine Inquisitionsverfahren mit seiner patriarchalischen Vereinbarung der verschiedenartigsten Funktionen in einer Person unserer Zeit nicht mehr genüge und mit unsern übrigen Einrichtungen nicht mehr zusammenpasse, das ist bereits so ziemlich allgemein anerkannt. Es bedürfte, um dies Jedem, auch selbst dem Laien, anschaulich zu machen, weiter nichts, als die Bemerkung, daß darin Ankläger, Richter, Inquirent und häufig auch noch der Vertheidiger (nur bei einer in Aussicht stehenden mehr als einjährigen Zuchthausstrafe wird ein Vertheidiger vor dem Urtheil gestattet) in einer Person vereinigt sind. Auf der Unnatürlichkeit dieser Verbindung und der Unverträglichkeit der heterogenen Thätigkeiten mit einer guten, ungetrübten Rechtspflege beruht das Prinzip des Anklageverfahrens, und der Staatsanwaltschaft (des öffentlichen Ministeriums) als derjenigen Form, in welcher jenes meistentheils, und besonders in den beschränkten Monarchieen der neuern Zeit, hervortritt.

Nirgends, wo noch das Institut zur Erörterung kam und man darüber zum klaren unbefangenen Bewußtsein gelangte, hat man im Allgemeinen seine Vorzüge vor dem Inquisitionsprozeß zu verkennen vermocht. Hauptsächlich der Kostenaufwand, der mit einer so wesentlichen Umgestaltung des Strafprozesses verknüpft sein soll, war es aber, der da und dort die Einen abhielt, sich für die Aufnahme der Einrichtung zu erklären, mehr aber noch denjenigen, welche aus Vorliebe für das Alte, einmal Geiernte und Gewöhnte, oder aus einer sich selbst nicht klar gewordenen Scheu vor dem Institut und dem was davon kaum trennbar ist, dasselbe nicht wollen, ein parates, seiner Gemeinverständlichkeit halber beliebtes Abschreckungsmittel an die Hand gab, den Eifer der Anhänger der Einrichtung abzukühlen und die Unentschiedenen und Ununterrichteten für die Beibehaltung des Alten zu gewinnen. Ich verkenne nicht, daß mit deren zweckmäßiger Einführung mindestens für die Uebergangszeit eine nicht unbedeutende Vermehrung unseres Budgetsatzes für die Justizverwaltung nothwendig verbunden sein dürfte. Ich vermag jedoch für's Erste denjenigen nicht beizupflichten, welche die Wohlfeilheit für das erste Erforderniß der Rechtspflege ansehen und sich wohl dazu verstehen können, für Hafenbau, Zollgebäude, Eisenbahnen ꝛc. enorme Summen zu verwilligen und auszugeben, aber karg werden, wenn die Reihe an die Durchführung dringender Verbesserungen in der Rechtsverwaltung kommt; mir will das beinahe vorkommen, wie wenn Jemand sein Haus äußerlich mit den schönsten und kostbarsten Verzierungen umgiebt, im Innern desselben aber aus Sparsamkeit das Allernöthigste, um darin gut und bequem zu wohnen, unterläßt. Damit will ich mich jedoch keineswegs als einen Gegner jener materiellen, mit den geistigen Interessen ohnehin in Wechselwirkung stehenden Güter erklären. Für's Andere bin ich der Meinung, daß man den Kostenaufwand gewöhnlich übertreibt und die Schreckenden und die Ge-

Digitized by Google

ſchreckten zu rechnen und zu vergleichen ſich die Mühe nicht geben. Es wird deßhalb hier am Platze ſein, einen genauern Blick gerade auch auf dieſen Punkt zu werfen, da es Noth thut, aus dem Gebiete allgemeiner, vager Behauptungen und dunkler Vorſtellungen endlich auf das Feld beſtimmter Thatſachen und konkreter Verhältniſſe zu treten, und ſo eine richtige Würdigung auch hierin vorzubereiten. Endlich glaube ich Drittens, daß ſich die dadurch etwa entſtehende Mehrausgabe im Strafprozeſſe wieder zum großen Theile durch eine leicht durchzuführende, ohnehin der Verhandlungsmaxime vollkommen entſprechende Maßregel im Civilprozeß kompenſiren würde, durch die Uebertragung der Prozeßleitung nämlich an die Parteien überall, wo rechtsgelehrte Anwälte für ſie handeln. Der Verfaſſer weiß von Männern, welchen aus eigenen, in Ländern beiderlei Prozeduren geſammelten Erfahrungen ein vollkommen kompetentes Urtheil zuſteht, daß die Verhandlung durch die Parteien ſelbſt bis zur mündlichen Erörterung nicht nur ohne Nachtheil ſich ausführen läßt, ſondern durch die regelmäßig ſchnellere und vollſtändigere Vorbereitung des Prozeſſes ſich beſonders empfiehlt. — Sehen wir aber hievon auch ab und werfen wir einen genauern Blick auf den Koſtenpunkt, ſo muß man, um ſich hierüber ein richtiges Urtheil zu bilden, ſich vor Allem klar machen, was man will, da das Anklagverfahren einer ſehr verſchiedenen Durchführung empfänglich iſt und ohne die eingreifenden andern, den gedeihlichen Beſtand bedingenden Einrichtungen ſelbſt werthlos, ja ſo gar noch ſchlimmer als der reine Inquiſitionsprozeß ſein kann.

II. Dazu iſt es nöthig, vorerſt die möglichen Hauptformen der Durchführung bei uns in's Auge zu faſſen; alsdann wird die Wahl deſſen, was das unter den gegebenen Verhältniſſen ausführbare Beſte iſt, ſich von ſelbſt ergeben, mindeſtens ſehr erleichtert ſein.

A. Die eine Hauptform iſt die vollſtändige Durchführung des Anklageprinzips, von der Einleitung der Unterſuchung an, welche nur auf den Antrag des öffentlichen Anklägers erfolgt (dieſes Privat-Anklageſyſtem ſchließe auch ich mit dem Verfaſſer des erwähnten Aufſatzes aus von der Betrachtung), und niemals von Amtswegen eintritt, bis zum geſchehenen Vollzug des Strafurtheils, welch' letztern Abſchnitt ich als das vierte Stadium der Thätigkeit des öffentlichen Anklägers oder Staatsanwalts bezeichnen will. (S. §. 1 des allg. Aufſ.)

Dieſe Form läßt ſich wieder mit zwei weſentlichen Verſchiedenheiten denken,

a) mit Geſchwornengericht (Jury),

b) ohne ſolches.

Dieſe Unterſcheidung iſt namentlich auf das Inſtanzenverhältniß und den Koſtenpunkt von Einfluß. Mit Geſchwornen genügt es an einer Inſtanz, eine eigentliche Appellation widerſtrebt dieſem Inſtitut, nur wegen Formfehlern und Verletzung des Geſetzes (jus in thesi) pflegt hier ein Rechtsmittel (Kaſſation) vorzukommen. Begreiflich ſind die Fälle dieſes Rechtsmittels der größern Seltenheit wie der größern Einfachheit in der Behandlung wegen im Durchſchnitt mit weit weniger Koſten verbunden, als die Appellationsfälle nach unſerm dermaligen Verfahren, wenn man auch die Zurückweiſungen (oder eigene Aburtheilung in der Sache ſelbſt, wie ſolche bei den Kaſſationshöfen der Rheinprovinzen in Uebung iſt) mit in Anſchlag nimmt, und ferner den größern Aufwand von Zeit und Geld bei der hier unerläßlichen Einvernahme aller in dem Prozeß auftretenden Perſonen nicht unberückſichtigt läßt, da gegen den letztern Umſtand außer der nicht unbedeutenden Erſparniß der Ausgaben wegen des kürzern Unterſuchungsverhafts die geringere Zahl der beſoldeten Beamten (Richter und Anklagperſonals) in Betracht kommt. (Die Geſchwornen beziehen nur Vergütung der Auslagen.)

B. Die andere Hauptform iſt die der theilweiſen Durchführung des Anklageprinzips. Hier laſſen ſich nun ſehr viele Schattirungen denken; man kann den Staatsanwalt blos beim Schlußverfahren vor der Fällung des Erkenntniſſes und allenfalls noch bei der Ausführung der Berufung, oder nur in dieſer letztern Beziehung, und dann blos für das einſeitige Staatsintereſſe, oder (wie dermal bei uns) auch im Intereſſe des Angeklagten, oder mit irgend andern Modifikationen in Thätigkeit treten laſſen. Selbſt die Verbindung der Jury wäre hier nicht ſchlechthin ausgeſchloſſen, wiewohl das gewöhnliche Vorkommen derſelben mit dem vollſtändigen Anklageprozeß, ſei es mit einem Privat- oder öffentlichen Ankläger, dieſe Verbindung als die naturgemäßere zu bezeichnen ſcheint, weßhalb wir die Jury auch nicht als Attribut der zweiten Form aufführten. Die gewöhnlichſte Erſcheinung dieſer Form iſt die, daß der Staatsanwalt bei dem Schlußverfahren vor dem erkennenden Richter die Anklage formirt und gegen den Angeklagten begründet, und allenfalls noch in den

Digitized by Google

geſetzlich beſtimmten Fällen die Berufung im Staatsintereſſe ausführt.

Es iſt nicht die Abſicht dieſes Aufſatzes, in eine Erörterung der Gründe für und gegen die unter A. a) gedachte Form einzugehen, meine Betrachtung ſoll ſich vielmehr innerhalb der in dem mehrgedachten Aufſatze gezogenen Gränzen halten.

III. Fragen wir, ob das Anklageverfahren bei uns vollſtändig eingeführt werden ſoll, oder in wiefern wir uns mit einer theilweiſen Einführung begnügen können, ohne die weſentlichen Vortheile dieſes Verfahrens, die eine ſolche Aenderung des Syſtems zu lohnen vermögen, einzubüßen, und in welchen Punkten in dieſem Falle am eheſten von der vollſtändigen Durchführung abgegangen werden könne, ſo kann dieſe Frage nicht wohl beantwortet werden ohne eine klare Anſchauung von den weſentlichen Vortheilen, welche dem Anklageverfahren den Vorzug vor dem Unterſuchungsverfahren ſichern. Als die wichtigſten Vortheile ſehe ich folgende an: 1) die Förderung der materiellen Gerechtigkeit. Sehr richtig iſt im angef. Aufſ. §. 2. geſagt, daß der Richter, welcher ohne von einem Andern ausgehenden Antrag ſelbſtthätig alles, was gegen den Angeſchuldigten ſpricht, und was zur Aufklärung der Sache gehört, erforſcht und verfolgt, dem Angeklagten gegenüber gewiſſermaßen als Partei erſcheine, und daß er bei der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit deſſen, was er ſelbſtthätig gethan, nicht ſo unbefangen ſei, als wenn er nur in der Mitte zwiſchen zwei Parteien, dem Ankläger und dem Angeklagten, ſteht und in dieſer dem Richter allein ziemenden Stellung verfügt und entſcheidet. Daß aber Parteiloſigkeit und Unbefangenheit das erſte Erforderniß des Richteramtes ſei, iſt ein allerwärts anerkannter Satz. — Aber auch noch aus einem weitern objektiven Grunde wird durch das Anklageverfahren das materielle Recht gefördert. Nichts trägt ſo ſehr zur Aufhellung ſtreitiger Verhältniſſe und zur Beſeitigung aller Einſeitigkeit bei, als ein kontradiktoriſches Verfahren zwiſchen den ſich entgegenſtehenden Parteien, deren jede ihre ganze Kraft und Einſicht auf das von ihr vertretene Intereſſe zu verwenden den Beruf hat, und darum kann man es wohl einen nicht aus der Natur der Verhältniſſe hervorgegangenen legislatoriſchen Verſuch nennen, der ſeinem Zwecke niemals völlig entſprechen wird, wenn, wie dies gegenwärtig bei uns Grundſatz iſt, der Staatsanwalt nicht nur im Namen des Staats, ſondern auch im Intereſſe des Verurtheilten den Rekurs auszuführen die Aufgabe hat, obgleich die Idee in der Theorie ſchön iſt. Was würde man dazu ſagen, wenn der Staat in Civilſtreitigkeiten einen Anwalt für den Kläger aufſtellte, jedoch — wenn gleich unter noch ſo ſchön klingenden Titeln, des materiellen Rechtes, im Namen des Geſetzes mit der Befugniß oder gar Pflicht, für denjenigen die Berufung auszuführen, den er durch das Erkenntniß verletzt finde? Es wäre faſt nöthig, wenn ſich dergeſtalt der Staatsanwalt ſo zu ſagen in die Rolle des Angeſchuldigten verläuft, die Geſellſchaft, die ihres natürlichen Vertreters verwaist iſt, einen andern Vertreter gegen — ihren eigenen Anwalt zu beſtellen.

Mag man auch noch ſo viel auf die Beſtimmung des Staatsanwalts als Wächter des Geſetzes hinweiſen, ſo führt doch dieſe Verbindung des Heterogenen zur Verwirrung der Begriffe, iſt für den Angeſchuldigten, der auf die Hülfe ſeines natürlichen Gegners ohnehin ſelten ein großes Vertrauen haben wird, mehr auf dem Papier als in der Wirklichkeit ein Schutz (ſ. über die Ergebniſſe den §. 9 des alleg. Aufſ.) und kann bei auch nur einiger Ausbildung des Inſtituts der Staatsanwaltſchaft und des Anklageverfahrens nicht fortbeſtehen. Die Gewähr für die beſſere Erreichung des materiellen Rechts durch das kontradiktoriſche Verfahren wird weſentlich erhöht durch Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, zu welch' letzterer auch der unmittelbare Verkehr zwiſchen dem erkennenden Richter und dem Angeklagten und den Zeugen, den wichtigſten wenigſtens, gehört, welche Inſtitute ich, ohne mich hier näher in die Modalitäten einzulaſſen, als weſentlich mit dem Anklagverfahren verbunden betrachte, und ohne welche ich die Ausführung des Anklagprozeſſes mit erſprießlichem Erfolg nicht für möglich halte, zumal da die Geſtattung der Verurtheilung auf Indizienbeweis einen Beſtandtheil des Prozeſſes bilden wird und wohl bilden muß. Der Verf. des mehrerw. Aufſ. iſt ohne Zweifel von derſelben Vorausſetzung ausgegangen. Durch die mündliche Verhandlung iſt die Gelegenheit gegeben, über jeden Zweifel augenblicklich die mögliche Aufklärung zu erhalten, Rede und Gegenrede wirken eindringlicher und ſicherer und geben ein viel vollſtändigeres Bild als die todte Schrift oder gar noch ein bloßer Auszug aus den Schriften. In der Oeffentlichkeit aber liegt, von andern Gründen abgeſehen, für

Digitized by Google

Ankläger und Vertheidiger ein Sporn zur eifrigen Pflichterfüllung. Auf der andern Seite läßt sich aber auch die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Kriminalprozedur nicht wohl denken ohne die Anklage, als den Anhaltspunkt, die Basis für die Verhandlung, und eben deßhalb darf man den Gewinn, den das materielle Recht aus der öffentlich-mündlichen Verhandlung zieht, auch als einen dem Anklageprinzip zuzuschreibenden Vorzug aufführen.

2) Die Rechtspflege erhält einen schnellern Gang. Daß es nicht blos ein großer Vorzug eines Strafprozesses, sondern eine der ersten Anforderungen an denselben ist, daß der Nichtschuldige so bald als möglich von den Qualen eines Kriminalprozesses befreit und wo der Untersuchungsverhaft gegen ihn nothwendig war, wieder in Freiheit gesetzt, daß aber auch der Schuldige schnell von der Strafe erreicht werde, dies bedarf einer weitern Erörterung nicht. Die Mitwirkung eines gewandten Staatsanwaltes vermag aber schon von Anfang der Untersuchung an vermöge des Prinzips der Theilung der Arbeit sowohl als durch den dadurch geschaffenen Impuls, der unausgesetzt auf die Beschleunigung der Untersuchung hinwirkt und in gleicher Weise durch die Einwirkung der entfernten Oberaufsichtsbehörde nicht erreichbar ist, wesentlich zur raschen Beendigung beizutragen, und es werden bei dem Zusammenwirken des Staatsanwalts und des Inquirenten theils die Untersuchungsakten schon vollständig an das urtheilende Gericht einlangen, theils wird die Anwesenheit des Angeschuldigten und seines Vertheidigers und der Zeugen, dem Ankläger, Vertheidiger und Richter Gelegenheit geben, das was jetzt oft nach Monate langer Verzögerung nur kümmerlich auf angeordnete Vervollständigungen zu erlangen ist, sogleich vollständig zu erfahren. Erwägt man, daß nach der Erfahrung diese Vervollständigungen gerade in den schwerern Untersuchungen am meisten und nicht selten wiederholt vorkommen, so ist leicht ersichtlich, daß die Untersuchungs-Gefängnisse bei dem Anklagverfahren bedeutend weniger als jetzt mit Verhafteten angefüllt sein würde. In manchen Fällen wird der Staatsanwalt nach beendigter Untersuchung von der Erhebung einer Anklage ganz abstehen und der Prozeß auch in dieser Beziehung häufig wesentlich abgekürzt werden.

3) Auch ein größeres Vertrauen muß nothwendig sowohl bei dem Angeklagten als bei dem Volke überhaupt eine Einrichtung erwecken, welche ein Haupthinderniß einer ungetrübten Rechtspflege, die Parteilichkeit oder doch mindestens Befangenheit des Richters aus dem Weg räumt. Dieses Vertrauen wird aber noch gesteigert werden, wenn durch das Verfahren die eigene Anschauung der parteilosen Wirksamkeit des Richters den Anwesenden möglich gemacht wird. Das Dasein oder Nichtdasein des Vertrauens ändert nun zwar nichts an der objektiven Güte der Entscheidungen; allein noch keine Gesetzgebung eines civilisirten Staats hat dieses Moment als ein gleichgültiges angesehen und sich dieses Erfordernisses, insbesondere bei der Strafrechtspflege, entäußern zu können geglaubt. Darauf beruht auch das Gewicht des Grundes, daß das Volk mit dem Bestehenden zufrieden sei, womit man den Vorschlägen von Verbesserungen oft zu begegnen sucht. Diese Vorzüge des Anklageprozesses mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit und namentlich auch dem unmittelbaren Verkehr der urtheilenden Richter mit dem Angeklagten und den Zeugen, welchen ich unbedenklich für das Wichtigste dieser ganzen Einrichtung halte, sind auch, wie die Mangelhaftigkeit des Inquisitionsprozesses, anerkannt in dem jüngst bekannt gewordenen Vortrag des Preuß. Just. Ministers Mühler an den König.

IV. Von minder wesentlichen Vorzügen, welche man dem Anklageverfahren mit den erforderlichen umgebenden Einrichtungen zuzuschreiben pflegt, will ich hier nicht sprechen, und auch nicht von jenen großen politischen Vortheilen, welche in Beziehung auf die Entwickelung eines kräftigen öffentlichen Lebens und Verbreitung der Gesetzkenntniß bei dem Volke mit dem so gestalteten Anklageprozeß naturgemäß verknüpft sind. Nur die Nachtheile, welche etwa mit der Einführung des Anklageverfahrens verbunden sein könnten, habe ich noch zu berühren. In dem mehrgd. Aufs. sind schon einige namhaft gemacht; es ist darauf hingewiesen, daß der Untersuchungsrichter den Anträgen des Staatsanwaltes oft zu leicht nachgebe und so nicht selten zum Nachtheil des Angeklagten weiter gehe, als er für sich gegangen sein würde; daß je nach den persönlichen Verhältnissen des einen und des andern der überlegene Staatsanwalt eine zu große Präponderanz auf den Untersuchungsrichter ausübe, oder bei verschiedener Richtung beider mitunter nachtheilige Reibungen entstehen. Ich will nicht behaupten, daß nicht solche Nachtheile sich wirklich ergeben können; der Umstand, daß

Digitized by Google

man in Ländern, wo das Anklagverfahren vollständig durchgeführt ist, wie in Frankreich und in den Rheinlanden, von erheblichen Mißständen dieser Art nichts weiß, scheint mir jedoch darüber Beruhigung geben zu können. Der Weg der Beschwerde und das den Deutschen auszeichnende Streben gewissenhafter Pflichterfüllung würden bei uns Mißstände der Art noch seltener vorkommen lassen.

Daß aber, wie weiter bemerkt wird, der Staatsanwalt in dem Grade befangener werde, in welchem der Untersuchungsrichter unbefangener wird, darf darum kein Bedenken erregen, weil jener keine Verfügungsgewalt über den Angeschuldigten hat, sondern als Partei sich an den Richter wenden muß.

Den weiter herausgehobenen Umstand, daß bei einer plötzlichen und allgemeinen Einführung des Anklageverfahrens auf eine Reihe von Jahren die Nachtheile überwiegend sein würden, möchte ich in der behaupteten Allgemeinheit für problematisch halten, wenn ich gleich gerne zugebe, daß nach der Erfahrung stets mit der Einführung größerer neuer Gesetze, bis sie ins Leben übergegangen sind, mancherlei Nachtheile verbunden sind. Es kommt darauf an, wie hoch man die durch das Anklageverfahren zu erringenden Vortheile anschlägt. Erachtet man sie für groß, so dürften die Konflikte und Verzögerungen, welche für die Uebergangsperiode aus dem Abgang an Leichtigkeit der Bewegung in ungewohnten Formen entstehen können, um so weniger zureichen, die Vortheile zu paralysiren oder aufzuwiegen, als man diese Wahrnehmung auch bei der Einführung der neuen Civil-Prozeßordnung nicht gemacht hat, und auch das Institut der Staatsanwaltschaft, abgesehen davon, daß es in dem ältern deutschen Prozesse begründet ist, wenigstens schon einen Anfang in unsern schon bestehenden Einrichtungen hat. Vergl. das Preß- und Ehrenkränkungsgesetz und das Rekursges. v. J. 1837.

Ein erheblicherer Nachtheil scheint aber der größerer Kosten zu sein. Nehmen wir an, daß bei vollständiger Durchführung der Staatsprokuratur neben 3 (oder 4) Hofgerichten, Tribunalien erster Instanz, Kriminalämter oder wie man sie heißen mag, jedes im Durchschnitt etwa für einen Umfang von 50,000 bis 60,000 Seelen, also im Ganzen ungefähr 20—25 im Großherzogthum, für die Führung der Untersuchungen (durch einen Untersuchungsrichter unter der Leitung des Kriminalamts) und Aburtheilung der geringern, allenfalls der in thesi keine Zuchthausstrafe, aber mindestens Kreisgefängniß nach sich ziehenden Straffälle bestünden, so dürfte man, die höchste Zahl von 25 angenommen, 25 Staatsanwälte und eben so viele Gehülfen, bei den Hofgerichten aber und dem Oberhofgerichte mindestens 4 (oder 5) Staatsanwälte und 8 (oder 10) Gehülfen rechnen.

Nimmt man

a) bei den Hofgerichten und dem Oberhofgericht die Besoldung eines Staatsanwalts durchschnittlich zu 2200 fl., die eines Gehülfen zu 1200 fl. an, so betrüge der Gesammtaufwand (bei Unterstellung von 3 Hofgerichten) 18400 fl.
Bureaukosten etwa . . . . . 4000 fl.

b) Die Besoldung eines Staatsanwalts bei den Kriminalämtern durchschnittlich zu 1300 fl., die des Gehülfen zu 1000 fl. angenommen, ergäbe sich der Gesammtbetrag von . . . . . 57,500 fl.
dazu Bureaukosten nebst Diäten und Fuhrkosten, soweit sie der Staatskasse bleiben, 1000 fl. für ein Kriminalamt . . . . . 25,000 fl.
so betrüge die Gesammtsumme 104,900 fl.

Dazu kämen die Beamten, die man zur Bildung der Kriminalämter mehr bedürfte. Es ist jedoch diese Vermehrung der Kosten hieher nicht so hoch anzuschlagen, da ohnehin die Kollegialverfassung für Civilsachen in erster Instanz als ein dringendes Bedürfniß längst anerkannt ist, und sich die Civiltribunalien dann zweckmäßig mit den Kriminalämtern verbinden lassen.

Die Kosten der Staatsprokuratur bei den Kriminalämtern allein betrügen demnach 82,500 fl., davon kämen aber die Ersparnisse durch Wenigerausgabe für Untersuchungshaft (bei der schnellern Erledigung der Untersuchungen und dem Unterbleiben der zahlreichen Vervollständigungen) sodann für den leichtern und wohlfeilern Transport der Angeklagten und Zeugen in Abzug. Die auch schon behauptete Entbehrung oder Erschwerung der Appellationsinstanz kann als ein Nachtheil dieses Verfahrens nicht aufgeführt werden, weil die Berufung selbst mit derselben Ausdehnung des mündlichen Verfahres, um so mehr aber bei der Beschränkung der wiederholten Zeugeneinvernahme möglich ist.

V. Ob nun die berührten Nachtheile von den zu erwartenden Vortheilen der vollständigen Durchführung des Anklagverfahrens überwogen werden oder nicht, ist Sache der

Digitized by Google

Erwägung eines Jeden. Bei dieser Abwägung der Vortheile und Nachtheile kommt, bezüglich auf das 1. Stadium, auf der einen Seite in Betracht, daß die völlige Parteilosigkeit auch bei dem Untersuchungsrichter, da auch er mancherlei Entscheidungen in Nebensachen zu geben hat, z. B. über Kaptur, Hausvisation ꝛc. von nicht geringem Werth, die Beschleunigung der Untersuchung aber, wie schon bemerkt wurde, ein höchst wünschenswerther Vorzug der Kriminalprozedur ist. Auf der andern Seite kommt zu berücksichtigen, daß die Vereinigung des Geschäfts des öff. Anklägers und des Untersuchungsrichters, wie schon in dem oft erwähnten Aufsatze gezeigt ist, ungleich weniger bedenklich und nachtheilig ist, als die Verbindung der Rolle des Anklägers und des erkennenden Richters, da vor diesem erst das Amt des Anklägers in seiner Wesenheit und seinem wichtigsten Theile beginnt und alles Andere nur als Vorbereitung für das Schlußverfahren zu betrachten ist; daß in Bezug auf Beschleunigung auch durch gehörig beaufsichtigten Diensteifer des ausschließlich zu Untersuchungen bestimmten, von keiner andern Behörde in ihrer Thätigkeit abhängenden Untersuchungsrichters viel geschehen kann. Die Vortheile aber, welche das Auftreten eines öff. Anklägers bei der Schlußverhandlung in allen zur Kompetenz der Kriminalämter gehörigen Fällen nach obigen Andeutungen darbietet, scheinen mir von dem größten Belang und dafür ein Ersatz nicht leicht denkbar, und darum auch namhafter Opfer werth.

VI. Nach all dem hat daher die im alleg. Aufsatze vertheidigte Ansicht, daß man bei uns in Anbetracht der einer alsbaldigen vollständigen Durchführung der Staatsanwaltschaft entgegenstehenden Gründe zur Zeit nur versuchsweise zu Werk gehen und sich auf das Nothwendige und Wesentliche beschränken solle, allerdings viel für sich. Von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, wird man zwar zur Zeit von der Einführung der Staatsanwaltschaft bis zu dem Stadium des Schlußverfahrens abstrahiren können, gewiß aber in diesem dieselbe durchgehend bei allen Vergehen von auch nur einigem Belang und nicht blos etwa, wie in dem würtemb. revidirten Entwurf (art. 131. 329 ff.) bei den mit Zuchthaus bedrohten Verbrechen als nothwendig ansehen müssen, wenn man sich nicht auf einen allzugeringen Versuch beschränken und gerade in den meisten Straffällen auf die Vortheile der Einrichtung verzichten will.

VII. Es könnte aber, da es nicht auf die Namen, sondern auf die Sache ankommt, bei den nicht in thesi mit Zuchthaus oder gleichgeltenden Strafe bedrohten Vergehen, wenn man es bedenklich fände, sogleich die Staatsanwaltschaft auch da förmlich zu organisiren, dem Untersuchungsrichter allgemein bei den Kriminalämtern die Erhebung der Anklage und Besorgung alles weitern, in das Ressort der Staatsanwaltschaft Gehörigen übertragen werden. Natürlich würde dies eine Vermehrung der Untersuchungsrichter zur Folge haben, demungeachtet würden aber die Kosten namhaft geringer ausfallen, als bei der Anstellung eigener Staatsanwälte. Für die Entbehrung der Vortheile der gesonderten Staatsanwaltschaft, der größern Unbefangenheit in Beurtheilung der vom Untersuchungsrichter vorgenommenen Akte und der ganzen Beweislage, welche dem Untersuchungsrichter naturgemäß häufiger zur Erhebung einer Anklage zureichend erscheinen wird, als dem Staatsanwalt, dem die Untersuchung nicht als eigene Arbeit vorliegt, mag einiger Ersatz darin liegen, daß der schon einstudirte Untersuchungsrichter leichter und schneller die Anklage aufstellen kann, somit der Zeit- wie der Kräfteaufwand geringer ist. Je wichtiger aber das in Frage liegende Verbrechen ist, desto nothwendiger ist es, die Vortheile vollständig zu erreichen, welche die Staatsanwaltschaft zu gewähren vermag, und darum dürfte die Vorsicht und Berücksichtigung der Bedenken, Kosten ꝛc. keinenfalls so weit gehen, auch bei den der hofgerichtlichen Kompetenz wahrscheinlich vorzubehaltenden schwerern Verbrechen sich, wie dies namentlich bei den Verhandlungen in der würtemb. II. Kammer zur Sprache kam, mit einem ähnlichen Ersatzmittel zu begnügen. Es würde ohnehin damit hier wenig gewonnen werden, da es für die Staatskasse von keinem großen Unterschied wäre, ob dem Gerichtshofe in jedem einzelnen Falle ein Mitglied zum Zweck der Anklageerhebung entzogen oder dasselbe Geschäft einem ständig zu bestellenden Anwalte übertragen würde. Auch wäre hier ein Gewinn in Hinsicht auf das Aktenstudium nicht zu erreichen.

VIII. Daß aber bei Organisirung der Staatsanwaltschaft mit konteradiktorischem mündlichem Verfahren die dermalige Kompetenz der Hofgerichte nicht bleiben könnte,

Digitized by Google

wofern man nicht die Zahl der Richter um die Hälfte vermehren oder aber das Anklageverfahren bei demſelben Gerichtshofe zur Hälfte geſtatten, zur — vielleicht größern — Hälfte verweigern wollte, dies wird Jeder zugeben müſſen, der weiß, wie kurz jetzt die meiſten Kriminalſachen abgethan werden, wo nicht ſelten in dem kurzen Zeitraum von 3—4 Stunden über 6 bis 9 Fälle (mündlicher) Vortrag erſtattet, berathen und erkannt wird. Eine Vereinfachung und weſentliche Verminderung der Kompetenz der Hofgerichte als Gerichte erſter Inſtanz wird daher eine nothwendige Bedingung der Einführung des Anklageverfahrens (auch blos von dem Schlußverfahren an) ſein, und der Entwurf des projektirten Einführungsediktes zum Strafgeſetz würde daher in dieſer Beziehung, da er nur eine geringe Zahl von Vergehen den Hofgerichten abnimmt und zur Aburtheilung an die Aemter (als Einzelrichter fortbeſtehend) überweiſt, damit nicht wohl vereinbar ſein.

IX. Was die Form der Verhandlung bei dem Schlußverfahren anbelangt, ſo müßte dem mündlichen Verfahren eine ſchriftliche Grundlage gegeben werden. Daß die Anklage ſchriftlich aufgeſtellt werde, verſteht ſich von ſelbſt, da ſie der ganzen Verhandlung zur Baſis dient, der Vertheidigung und dem Gerichtshofe den Richtpunkt angibt und der letztere in ſeiner Entſcheidung an ihre Anträge gebunden iſt. Daß aber auch von der Vertheidigung eine Skizze ſchriftlich *vor* dem Schlußverfahren dem Gerichtshof übergeben werde, wäre alsdann, wenn die Akten des Unterſuchungsrichters die ausſchließliche Grundlage der Verhandlung nnd des Erkenntniſſes bilden ſollten, unerläßlich, ſehr nützlich und der Schnelligkeit der Entſcheidung ſehr förderlich aber auch alsdann, wenn die Ausſagen des Angeklagten und der Zeugen vor dem urtheilenden Richter die hauptſächlichſte Unterlage des Erkenntniſſes werden ſollen. Inhalt und Umfang der beiderſeitigen Schriften könnte etwa nach den in unſerm Civilprozeß darüber geltenden Grundſätzen beſtimmt werden.

Die Anklageakte würde, da dieſelbe das Fundament der ganzen Verhandlung iſt, es ſomit, iſt ſie präzis abgefaßt, auf das Kleinſte ankommt, vollſtändig zu verleſen. Daß aber auch die Vertheidigungsſchrift verleſen werde, wie dies der würtembergiſche Strafprozeß-Entwurf (Artikel 340) anordnet, ſcheint mir weder nöthig noch dem gründlichen Studium des Prozeſſes durch den Vertheidiger förderlich. Auch darin könnte das Verfahren unſerer Civil-Prozeßordnung zur Norm dienen. Darum würde ich es auch für bedenklich und dem Zwecke dieſes Verfahrens widerſtrebend halten, wenn die Schlußverhandlung mit einem von einem Gerichtsmitglied vorzutragenden Aktenauszug angefangen würde, wie in §. 3 des oftерwähnten Aufſatzes vorgeſchlagen wird *). Soviel Schrift würde bald wieder das mündliche Verfahren überwuchern und zu ſeinem Untergange führen. Selbſt dann, wenn die Unterſuchungsakten die alleinige Baſis des Urtheils bilden ſollten, würde mir dieſe Prozedur nachtheilig ſcheinen, und zwar aus dem doppelten Grunde, weil ich es überhaupt nicht für gut halte, daß die urtheilenden Richter den erſten Eindruck von der Sache durch das *Medium* eines Dritten erhalten, wo ſie ihn doch ſo leicht aus der Quelle ſelbſt von den Parteien erhalten können; ſodann, weil dieſes Gerichtsmitglied faſt unvermeidlich ſich in eine gewiſſe Anſicht und Richtung hineinarbeiten würde, von welcher es ſich nachher ſchwer wieder losmachen könnte, wenn auch Stoff dazu in der Verhandlung gegeben würde. Ganz etwas anderes iſt es, ob ein Gerichtsmitglied blos ſeinem Kollegium einen ſolchen Vortrag erſtatte, oder den Parteien, deren Kritik ihn möglicherweiſe ſelbſt unwillkührlich zum Gegner machen und jedenfalls allzuleicht ihm die zur Ausübung des Richteramts nöthige Unbefangenheit entziehen kann. Auch wäre wohl mit Grund zu beſorgen, daß der Aktenauszug, da ein *Auszug* immer nothwendig viel Eigenes, ſchon in der Auswahl des Mitzutheilenden, enthält, und es ein in der Mitte, zwiſchen zwei Parteien Stehender ſelten allen beiden recht macht, zum Zankapfel für die beiderſeitigen Anwälte werden, und ſo ſicherlich daraus bei größerem Zeitaufwande weniger Gewinn für das urtheilende Kollegium und die Sache hervorgehen würde, als aus einer ähnlichen Mittheilung nach Anhörung der Parteien und am Schluſſe des ganzen Akts, wo alsdann bei der geheimen Berathung das der Akten kundige Mitglied (der Reſpizient) zugleich in der Lage iſt, ſeinen Vortrag über die *ganze* Geſtalt der Sache, wie ſie ſich aus den Akten und der mündlichen Verhandlung zuſammen darſtellt, auszudehnen und auf dieſes Totalbild den fachge-

*) Aehnliches beſtimmen Art. 209 und 210 des Code d'instr. crim. aber nur für die Appellationsinſtanz in zuchtpolizeil. Fällen.

Digitized by Google

mäßen Antrag zu stellen. Ein solcher der mündlichen Verhandlung vorausgehender Vortrag wäre nur da am Platze, wo, wie bei dem rein schriftlichen Verfahren der Civilprozeßordnung (§. 1126 ff.) lediglich auf das Geschriebene erkannt wird. Ueberhaupt aber scheint es mir das Natürlichere und dem Prinzip des auf kontradiktarischer Verhandlung beruhenden Anklagverfahrens gemäß, daß, mit Ausnahme der Gerichtsleitung, der erkennende Richter, also auch jedes einzelne Mitglied, seine eigentlichen Funktionen erst dann beginne, wenn die Parteien die ihrigen beendigt haben, womit ich übrigens das ganz zweckmäßige Studium der Akten durch ein Mitglied (den Respizienten) keineswegs ausschließen möchte.

X. Daß der Staatsanwalt oder wer seine Stelle vertritt der Berathung des Urtheils nicht anwohnen dürfe, versteht sich da von selbst, wo einmal das Institut so weit ausgebildet ist, daß jener als Gegner des Angeklagten erscheint. Daß der Staatsanwalt bei unserer jetzigen Einrichtung der Berathung und Aburtheilung anwohnt und bei ersterer mitwirken darf, obgleich ihm kein Stimmrecht zusteht und er an der eigentlichen Diskussion keinen Antheil nehmen soll (was aber beiläufig bemerkt nach der Erfahrung schwer zu befolgen ist), dies erklärt sich aus der zwitterartigen Aufgabe desselben, wornach er da, wo es ihm das materielle Recht zu erfordern scheint, auch den Angeklagten vertreten soll. Obgleich meines Wissens unsere Staatsanwälte dieser etwas schweren Aufgabe so gewissenhaft und so gut wie möglich genügen, so theile ich doch all das, was in §. 9 des alleg. Aufs. über die Abnormität dieser Einrichtung gesagt ist und beziehe mich rücksichtlich des Grundsatzes auf das oben (III.) hierüber Bemerkte; die Personen wechseln, deßhalb müssen die Grundlagen der Einrichtung sichernd gebaut werden.

XI. Daß dem Staat da, wo dem Angeklagten ein freies Vertheidigungs- und Berufungsrecht gestattet und dadurch die Möglichkeit einer zu günstigen Entscheidung für den Angeklagten erleichtert ist, auch ein Recht der Berufung oder des Rekurses zustehen müsse, ist nicht zu leugnen. Zweifelhafter ist es, ob und in welcher Weise das Rekursrecht des Staatsanwalts mehr als jenes des Angeklagten beschränkt werden soll. Die dafür angeführten Gründe (§. 5) scheinen mir, wiewohl humanen Prinzipien entflossen, doch mehr auf Billigkeit und Rücksichten der Kriminalpolitik, als auf strengem, konsequentem Recht zu beruhen. Wo das Strafgesetzbuch auf das System unbestimmter Strafen gebaut ist, da dürfte namentlich die Gleichheit der Bestrafung das gleiche Rekursrecht des Staatsanwalts, zumal für die Uebergangszeit und bis zur Bildung einer bestimmten Praxis, sehr räthlich machen. Jedenfalls aber sollten die angeführten Rücksichten bei dem Gebrauch des Rekursrechts zur Norm genommen und nur aus triftigen Gründen vom Staatsanwalt rekurrirt werden, wie dies ihm auch jetzt in der Instruktion anempfohlen ist.

Immerhin wird den aufgeführten Fällen (es sind dies die gewöhnlichen Kassationsfälle) noch der der Inkompetenz des erkennenden Gerichts anzureihen sein, wenn der Verf. ihn nicht etwa schon darunter begriffen hat. Wenn nach seiner Unterstellung in allen von ihm aufgeführten Fällen der Rekurs oder die Berufung an den obersten Gerichtshof gehen soll, der also hierin als Kassationshof erschiene, so anerkenne ich zwar, daß der Grund der zu erzielenden Rechtseinheit sehr die Beachtung verdient *), hege jedoch noch Zweifel, ob die gewiß sehr partiell bleibende Erreichung des Zweckes dadurch nicht zu theuer erkauft würde, und nicht die Verbringung des Rekurses an die unmittelbar höhere Instanz vorzuziehen sei. Bei den Berufungen wegen Inkompetenz würde jedenfalls die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an den zuständigen Richter zurückzuweisen sein.

XII. Daß aber zur Ausführung der Berufung für den Staat der Staatsanwalt das passendste Organ sei, darüber bin ich mit dem V. d. all A. keinen Augenblick im Zweifel und es liegt dieser Beruf ganz eigentlich im Begriff des öffentlichen Anklägers und Staatsanwalts; es ist auch in Frankreich so, wo die Staatsanwaltschaft am Ausgebildetsten vorkommt.

(Schluß folgt.)

*) Es versteht sich, daß damit der Bestand eines Kassationshofs, für den sich neuerlich auch v. Savigny (System des heut. R. R. I. S. 330) ausgesprochen hat, nicht ausgeschlossen würde. Es könnte außer den Kassationen gegen die Erkenntnisse, in welchen die Hofgerichte vermög ihrer gewöhnlichen Kompetenz in letzter Instanz erkannt hätten, auch noch in gewissen Fällen, wo sie nur als Kassationsgerichte kompetent waren, die Kassation statuirt werden.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. | Nro. 6. | Karlsruhe den 5. Februar 1842.

I.

Noch Einiges über die Staatsanwaltschaft und das Anklageverfahren.

(Schluß.)

XIII. Daß der Staatsanwalt zugleich das Organ der Staatsgewalt für die Ueberwachung des Vollzugs der Strafurtheile sei, (4. Stadium), ergibt sich aus seiner allgemeinen Bestimmung der Verfolgung der Verbrechen, welche in der Vollstreckung der Straferkenntnisse ihren letzten Ausgangspunkt hat; erst mit dieser ist, wo nicht ein Akt der Begnadigung dazwischentritt, das verletzte Gesetz gesühnt und der Zweck alles Strafverfahrens erreicht. Auch dieses Geschäft wird im Inquisitionsprozeß durch den Richter besorgt, paßt aber, da es außer dem Kreise des Richteramtes liegt und lediglich eine Sache der exekutiven Staatsgewalt ist, für ihn so wenig als das Anklagegeschäft, woher es auch kommen mag, daß es oft schlecht genug besorgt wird.

XIV. Ferner gehört es zu den wohlthätigsten und heilsamsten Attributen der Staatsanwaltschaft, daß sie die Strafrechtspflege in ihrem ganzen Umfange beaufsichtige, im Einvernehmen mit der Justiz-Oberaufsichtsbehörde die zu ihrer Entdeckung kommenden Mißstände zu heben suche und aus dem reichen Gebiete ihrer Erfahrungen an jene Behörde Vorschläge über zweckmäßige Verbesserungen mache; sie ist deßhalb auch nicht unpassend das Auge des Justizministeriums *) bezüglich auf die Rechtspflege genannt worden. Es ist dies, man kann es nicht leugnen, eine für die Unabhängigkeit der Gerichte etwas bedenkliche Seite der Einrichtung, es kann aber gerade dadurch bei pflichttreuer Gesinnung des Staatsanwalts und der Oberaufsichtsbehörde unberechenbar viel Gutes geschehen und darum halte ich die den Theil der staatsanwaltschaftlichen Thätigkeit für eine gute, wünschenswerthe Einrichtung. Kein Staatsanwalt, der ein Ehrenmann und dem an der Achtung seines Gerichtshofes und seiner Kollegen gelegen ist, wird seine Stellung zu dem verächtlichen Geschäfte eines Denunzianten mißbrauchen, eine Kontrolle aber braucht kein seine Pflicht erfüllender Richter zu scheuen. Es ist dieser Theil der Amtspflicht des Staatsanwals an keines der unterschiedenen Stadien seiner Thätigkeit geknüpft, sondern begleitet diese in allen ihren Richtungen.

XV. Endlich erscheint die Staatsanwaltschaft da, wo wir sie in ihrer Ausbildung antreffen, auch noch als das Organ, durch welches die Justiz-Oberaufsichtsbehörde den Gerichtshöfen ihre die Rechtsverwaltung betreffenden Eröffnungen zu machen pflegt. Diese letztern beiden Eigenschaften sind jedoch sekundärer Natur und berühren das Wesen des Instituts als Anklagbehörde nicht.

In allen diesen weitern Beziehungen steht der Einführung der Staatsanwaltschaft kein beachtenswerthes Hinderniß entgegen, sie ist selbst zum großen Theile darin schon jetzt bei uns eingeführt, theils vermöge Gesetzes, theils durch schriftliche Ministerialverordnungen.

XVI. Bekanntlich sind dem Staatsanwalte in Frankreich und den Rheinlanden auch in der bürgerlichen Rechtspflege gewisse Funktionen übertragen, wie die Vertretung der Krone, der Minderjährigen, die Wahrung der richtigen Gesetzauslegung. Mehreres davon, wenn auch nicht Alles, würde sich auch bei uns, da unser Landrecht die Kronanwaltschaft aufgenommen hat, zur Verbindung mit dem Amte des Staatsanwalts empfehlen. Mehr darüber zu sagen, ist jedoch hier der Ort nicht.

*) Auch das Auge des Gesetzes, von der Bestimmung des Instituts, dem Gesetze seine richtige Anwendung zu sichern.

Digitized by Google

XVII. Wir erſehen aus dem Bisherigen, daß in unſerer dermal ſchon beſtehenden Staatsanwaltſchaft hauptſächlich noch der Theil vermißt wird, der als das zweite Stadium bezeichnet wurde, die eigentliche Anklage bei dem Schlußverfahren, welcher Theil aber allerdings der wichtigſte und — mit den erforderlichen Schutzanſtalten — der nothwendigſte iſt, um uns die weſentlichen Vortheile des Anklagverfahrens anzueignen, und daß das Uebrige nur der vollkommenern Ausbildung bedarf; das, was als das erſte Stadium der ſtaatsanwaltſchaftlichen Thätigkeit bezeichnet wurde, aber, wenn man die alsbaldige vollſtändige Einführung zur Zeit noch für bedenklich hält, noch am eheſten entbehrt werden kann. Für die Ausführbarkeit in dieſer Weiſe finden ſich auch Vorgänge in unſerm eigenen ältern Strafprozeß (art. 6, 88 Abſ. 2, und 89 der P. G. O., Markgräfl. Bad. Maleſ. Ordn. v. 1588 Tit. 6, §. 2 und die erſt mit dem Strafed. v. 1803 außer Wirkſamkeit geſetzte Beſtimmung der Bad. Maleſ. O. v. 1710 Tit. 3, §. 1, und Tit. 5, §. 3.) Zeit und Erfahrung werden bald lehren, inwiefern das Eingeführte dem Zwecke genüge oder zu vervollſtändigen ſei.

XVIII. Nach dieſer Betrachtung des Inſtituts im Allgemeinen erübrigt mir nur noch Weniges über das Subjektive deſſelben zu ſagen, die Stellung des Staatsanwalts. Schon aus der bisherigen Darſtellung läßt ſich entnehmen, daß ihm als Organ der Staatsgewalt, die ſich hier im Juſtizminiſterium darſtellt, eine nur beſchränkte Selbſtſtändigkeit zukommen kann, daß er ſeinen Hauptimpuls von dieſem Theile der Staatsregierung erhalten und nach einem gewiſſen von der Staatsregierung angenommenen Syſtem verfahren muß, da ſonſt die Richtung der Staatsanwaltſchaft bei den einzelnen Gerichtshöfen leicht eine verſchiedene werden würde, was eben ſo wenig angehen kann, als daß Mangel an Einheit bei der Staatsregierung ſelbſt herrſche. Einleuchtend iſt aber, daß die Abhängigkeit der Staatsanwälte nicht ſo weit gehen kann, daß ihnen eine Abweichung von ihren beſtimmt im Geſetze ausgeſprochenen Amtspflichten zugemuthet werden dürfte, da die Staatsregierung ſelbſt in vorderſter Reihe die Geſetze zu beobachten verbunden iſt. Darum ſcheint mir auch die Anſicht, daß der Staatsanwalt in dieſer Eigenſchaft jeden Augenblick widerrufbar ſein müſſe, der entgegenſtehenden Bedenken ungeachtet die richtige. Es hat auch gar nichts Sonderbares in ſich, daß der Staatsanwalt parteiiſch ſei für das Intereſſe der Geſellſchaft, man müßte es denn nur ſonderbar finden, daß die Partei — der Staat erſcheint im Anklagverfahren als ſolche — ſelbſt parteiiſch iſt. Vertrete er — verſteht ſich überall mit erlaubten Mitteln — immerhin einſeitig und eifrig das Intereſſe der Geſellſchaft und der Vertheidiger ebenſo einſeitig und eifrig ſeinen Klienten, ſo wird, bei unparteiiſcher, freier Stellung des Richters, die Sache vollkommen recht werden, wenigſtens unter der Einſeitigkeit des Staatsanwalts nicht leiden. Dafür muß aber jedenfalls geſagt werden, daß der Anklage nicht die geringſte Präponderanz über die urtheilenden oder unterſuchenden Beamten durch die Einrichtung eingeräumt werde. Daß nach unſerer Auffaſſung die Staatsanwälte ſtändig ernannt und nicht etwa für einzelne Fälle beſtellt werden, und es daher Staatsdiener ſein ſollen, wird nach dem Obigen keiner beſondern Erwähnung mehr noch einer Rechtfertigung bedürfen. Das Verhältniß iſt hier ein ganz anderes als bei den Civilprozeſſen des Staats.

Die Modifikationen der etwaigen Vertreter der Staatsanwälte bei den Krim. Aemtern würden ſich nach den Umſtänden richten und mehr das Verhältniß zum Juſtizminiſterium und zu den Staatsanwälten bei den Gerichtshöfen als die eigentlichen Funktionen des Anklägers betreffen.

XIX. Hiernach glaube ich nicht, daß die in der württembergiſchen zweiten Kammer neulich beſchloſſene Aufſtellung der Ankläger für den einzelnen Fall aus der Zahl der öffentlichen Anwälte nach dem Turnus durch den Gerichtshof zu billigen ſei, und ſich in der Ausführung bewähren würde.

Abgeſehen von der Frage, wie ein Gerichtshof dazu kommen ſoll, den Sachwalter für den Staat aufzuſtellen, würden bei einer ſolchen Ausführung des Anklageverfahrens die großen Vortheile einer gleichen Richtung, der Erfahrung und der durch dieſe erworbenen Geſchäftsgewandheit verloren gehen. Ueberhaupt ſcheint man in Württemberg bei den Verhandlungen der zweiten Kammer über den Entwurf der Strafprozeßordnung die Natur und den Werth dieſer Einrichtung und der damit verwandten Inſtitutionen mitunter mißkannt und ſie nicht ohne Befangenheit behandelt zu haben; ſonſt hätte man ſie, zumal von der Regierungsbank aus, ſchwerlich mit ſolchem Mißtrauen und ſolcher Wegwerfung als Fremdlinge traktirt, während ſie doch in Deutſchland geboren ſind und, in das innerſte Volksleben verwachſen, darin blühten, ſo lange

Digitized by Google

Deutschland groß und mächtig war, ja selbst diese Zeit noch überlebten. Um so wichtiger und erfreulicher ist die Wahrnehmung, daß auch in andern deutschen Staaten die Frage einer gründlichen, den Bedürfnissen und dem Geiste der Nation entsprechenden Verbesserung der Rechtspflege zu einer ernsten Prüfung gekommen ist. Welcher Deutsche, Jurist oder Nichtjurist, dem die neuerwachte Triebkraft, das mächtig aufdämmernde, stolze Selbstbewußtsein einer mit den reichsten Mitteln begabten Nation den eigenen Busen schwellt, möchte nicht wünschen, daß erleuchtete, thatkräftige deutsche Fürsten und Regierungen, vereint mit patriotisch gesinnten deutschen Kammern, die hohe Bedeutung der Gegegwart erkennend und nutzend, sich fest vorsetzten, den großen Nationalbanden des Zollvereins und eines gemeinschaftlichen Vertheidigungssystems das nicht minder wichtige Band einer gemeinsamen, nationalen Rechtspflege hinzuzufügen; und mehr als eines ernstlichen, beharrlichen Wollens bedürfte es in der That nicht. — r.

II.

1) Wer hat bei der gegen den Besitzer einer Servitut angestellten Negatorienklage den Beweis zu führen?

2) Wie ist der Zeugenbeweis in einem solchen Falle zu beurtheilen, insbesondere ist das Zeugniß eines Volljährigen von Wahrnehmungen gültig, die er in der Jugend vor erreichter Vollmündigkeit gemacht hat?

Die Antwort enthalten folgende zwei Rechtsfälle.

(Der erste Rechtsfall ist bereits in Nr. 3 und 4 abgedruckt.)

Zweiter Rechtsfall.

In Sachen Joseph Lienemann in Kenzingen, Klägers, gegen Joseph Becherer daselbst, Beklagten, Dienstbarkeit des Auflegens der Balken betreffend.

Den 7. August 1838 trat Lienemann bei dem Amt Kenzingen gegen seinen Nachbar Becherer mit einer Klage auf, worin unbestimmt und zum Theil widersprechend mit sich selbst vorgetragen wurde, daß vielleicht erst vor zehn oder fünfzehn Jahren zwei Durchzugbalken der Scheuer des Beklagten, welche auf der Stockmauer der Scheuer des Klägers ruhen, ohne Recht und nur begünstigungsweise, auf unbestimmte Zeit zum Schutz der damals baufälligen Riegelwand der Scheuer des Beklagten aufgelegt worden seien. Bald aber wird bestimmter behauptet, es sei dieses Auflegen der Stützen der Scheuer des Beklagten bei deren Reparation im Jahre 1822 erst geschehen, ohne Wissen und Willen des Klägers oder seiner Vorfahren. Die Bitte der Klage ging dahin, zu erkennen: es stehe dem Beklagten kein Recht zu, zwei Durchzugbalken seiner Scheuer auf die an dieselbe grenzende eigenthümliche Mauer des Klägers aufzulegen und sei daher schuldig, die aufliegenden zwei Balken bei Vermeidung richterlichen Zwangs wegzuschaffen, auch die Kosten dieses Streits zu tragen.

Der Beklagte zog nicht in Abrede, daß die Stockmauer der Scheuer des Klägers, auf welcher zwei Durchzugbalken der Scheuer des Beklagten liegen, Eigenthum des Klägers sei, läugnete aber, daß dieses Auflegen seiner Balken auf das Eigenthum des Klägers erst vor 10 oder 15 Jahren, oder im Jahr 1822 zuerst stattgefunden habe, behauptete vielmehr einen unfürdenklichen Besitz und zwar nicht heimlich oder begünstigungsweise sondern als Recht der Dienstbarkeit.

Beide Theile haben über ihre wechselseitige Behauptungen in Folge des unterrichterlichen Zwischenbescheids den Beweis durch Zeugen angetreten, und nach deren Abhör und Eröffnung der Zeugnisse hat das Amt nach dem Klagbegehren erkannt und dem Beklagten eine Frist von vier Wochen zur Wegschaffung der fraglichen Balken bestimmt.

Auf die vom Beklagten gegen diesen Bescheid an den hiesigen Gerichtshof ergriffene Berufung wurde nach öffentlicher Verhandlung durch Urtheil der amtliche Bescheid dahin abgeändert: daß Kläger mit seiner ungegründeten Klage abzuweisen und in die Kosten beider Instanzen zu verfällen sei. Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil bestanden vorerst und hauptsächlich in der Zusammenstellung der Zeugen-Aussagen und in der Ausführung, daß durch dieselben der Beweis einer Verjährung durch 30jährigen Besitz, welche zur Erwerbung einer offenen und selbstständigen Dienstbarkeit (wozu sero. tigni immitt. gehört) in Ermanglung eines andern Titels nach Landrechtsatz 690 erfordert wird, hergestellt sei. Am Schlusse der Entscheidungsgründe jedoch wurde zum Ueberfluß noch bemerkt, daß der Beklagte als Besitzer nach Landrechtsatz 541e nicht einmal schuldig sei, den

Digitized by Google

Beweis der Dienſtbarkeit zu führen, ſondern dem Kläger vielmehr der Beweis ſeiner Klage obgelegen wäre, indem ſtatt aller weitern Ausführung auf Brauer Erläut. 6. Band, S. 333—337 und auf neue Folge der oberhofg. Jahrbücher, Jahrg. 1833, 1. H. S. 38—41 Bezug genommen wurde.

Dagegen wandte der Kläger die Oberberufung ein und der oberſte Gerichtshof erkannte durch Urtheil vom 19. Dezember 1839 zu Recht:

„es ſei unter Verurtheilung des Beklagten in die Koſten der drei Inſtanzen das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und das amtliche wieder herzuſtellen.“

Die Entſcheidungsgründe lauten alſo:

Der Kläger ſtütze ſeine Klage wegen Wegſchaffung der auf ſeiner Scheidemauer aufgelegten Stützen und Durchzüge auf das ihm an jener Mauer zuſtehende ausſchließliche Eigenthumsrecht, welches letztere der Beklagte in ſeinem Einwendungsſatze ausdrücklich anerkannte.

Da nach Landrechtſatz 544 der Eigenthümer über Beſtand und Genuß eines Guts allein verfügen und deßhalb andere von jeglicher Benützung deſſelben ausſchließen könne, ohne hiefür neben dem Eigenthumsrecht noch einen weitern Titel nöthig zu haben, ſo erſcheine die angeſtellte Klage als in Rechten vollkommen begründet und eines Beweiſes nicht bedürftig, vielmehr habe der Beklagte und zwar, ohne daß ihm hiergegen der bisherige Beſitzſtand zu ſtatten käme, darzuthun, daß er das Recht, die Scheidemauer des Klägers zur Auflegung von Balken zu benützen, erworben habe.

In erſter Inſtanz ſei dem Beklagten zu beweiſen auferlegt worden, daß ſeit undenklichen Zeiten ſeine beiden Durchzugbalken in ſeiner an die Scheuer des Klägers angrenzenden Scheuer auf der zwiſchen beiden letztern aufgeführten Mauer aufgelegen haben, nach Landrechtſatz 690 würde indeſſen ſchon die Nachweiſung eines 30jährigen Beſitzſtandes hinreichen, weil die vom Beklagten angeſprochene Dienſtbarkeit zu den ſelbſtſtändigen und offenen zu zählen ſei, und ſeine Behauptung, daß das die Dienſtbarkeit begründende Sachverhältniß ſeit unfürdenklichen Zeiten beſtehe, dem Richter das Recht nicht gebe, die Beweispflicht der einen Partei weiter als nothwendig auszudehnen und ſomit die Beweisführung zu erſchweren. Das Ergebniß des angetretenen und erhobenen Zeugenbeweiſes erſchöpft jedoch das thema probandum nicht, denn die Zeugen Jakob Zink und Joſeph Rainer erklärten, daß ihre Kenntniß von dem in Frage ſtehenden Verhältniß nicht weiter als in das Jahr 1822, wo ſie bei der vorgenommenen Reparatur der Scheuer erſtmals in dieſelbe kamen, reiche. Joſeph Pfaff wolle zwar ſchon als kleiner Knabe die Scheuer betreten haben, aber die ſtreitigen Durchzüge erſt vor 18 bis 20 Jahren geſehen haben. Michael Reiner deponirte, daß er bereits im Alter von 10—12 Jahren in die Scheuer gekommen ſei und damals ſchon bemerkt habe, daß die Lage der Durchzugbalken gerade ſo geweſen wie im Jahr 1822 und gegenwärtig noch. Die Zeugen Ferdinand und Michael Schwarz, welche vormals in dem Hauſe des Klägers wohnten, erinnern ſich, daß, ſo lange ſie denken können, die Durchzugbalken ſo vorhanden waren, wie ſie noch ſind, und daß dieſes bereits vor Errichtung der im Jahr 1822 aufgeführten neuen Giebelwand der Fall war. Dieſe beiden letztern Zeugen ſeien nun aber noch nicht ſo alt, daß ihnen eine den Zeitraum von vollen 30 Jahren umfaſſende genaue Kenntniß der Sache beigemeſſen werden könnte, Ferdinand Schwarz ſei 35, Michael Schwarz erſt 33 Jahre alt und der erſtere ſage ſelbſt, ſein längſtes Denken gehe auf jene Zeit zurück, wie er noch die Schule beſucht habe, als Knabe von 11—12 Jahren. Michael Reiner ſei 54 Jahre alt und deſſen Depoſition gehe ſogar auf Wahrnehmungen, die er 42 Jahre vor Anſtellung der Klage machte, und er überzeugte ſich im Jahre 1822—26 Jahre ſpäter — von der nemlichen Lage der Balken, wie früher; er ſage, er ſei, als er zuerſt in die Scheuer gekommen, 10—12 Jahre alt geweſen, und nachher bis ins Jahr 1822 nicht mehr dahin gekommen. Die Zeugen Schwarz und Michael Reiner deponiren jedoch, was den Anfang ihrer Kenntniß anlange, von Beobachtungen, die ſie während ihrer Unmündigkeit machten. Schon nach gemeinem Prozeßrechte ſeien Perſonen über dasjenige, was ſie während ihrer Unmündigkeit erfahren haben wollen, als Zeugen nicht zuzulaſſen, Thibaut Syſt. d. P. R. §. 1168. Nach §. 507 d. P. O. ſeien diejenigen, welche das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, unzuläſſige Zeugen. Der Grund dieſes Geſetzes ſei kein anderer, als weil angenommen werde, daß vor Erreichung des vierzehnten Jahres noch Niemand die Fähigkeit beſitze, genaue und zuverläſſige Beobachtungen zu machen? und ſolche ſeinem Gedächtniſſe einzuprägen? (Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 12. Februar 1842.

I.

1) Wer hat bei der gegen den Besitzer einer Servitut angestellten Negatorienklage den Beweis zu führen?

2) Wie ist der Zeugenbeweis in einem solchen Falle zu beurtheilen, insbesondere ist das Zeugniß eines Volljährigen von Wahrnehmungen gültig, die er in der Jugend vor erreichter Vollmündigkeit gemacht hat?

Die Antwort enthalten folgende zwei Rechtsfälle.

(Der erste Rechtsfall ist bereits in Nr. 3 und 4 abgedruckt.)

(Schluß.)

Darum erfordere auch unsere Gesetzgebung in der Verordnung von 1803 über den Beweis der unvordenklichen Verjährung durch Zeugen, daß diese wenigstens ein Alter von 54 Jahren haben müssen, um über einen Zeitraum von 40 Jahren deponiren zu können. Dieser Grundsatz, nämlich, daß Wahrnehmungen, die Jemand vor vollendetem vierzehntem Lebensjahre gemacht haben wolle, beim Zeugenbeweise nicht in Anschlag zu nehmen seien, schlage auch beim Beweise der praescriptio definita an, und habe, auf den vorliegenden Fall angewendet, die Folge, daß die Aussagen des Michael Reiner nur für einen Zeitraum von 16 Jahren, die des Ferdinand Schwarz von 23 Jahren, und die des Michael Schwarz nur von 24 Jahren, von Anstellung der Klage an rückwärts gerechnet, von Bedeutung seien; es fehle mithin nicht am Beweise, daß der vom Beklagten angerufene Zustand schon im Jahre 1815 vorhanden war, über die Periode von 1808 bis 1815 hingegen ermangele aller Beweis. Als durch richterliche Vermuthungen vervollständigt, könne der Beweis nicht betrachtet werden, mit solchen habe der Beklagte den Beweis nicht angetreten, wie es §. 626 der Prozeßordnung vorschreibe, und wenn auch nach Landrechtssatz 1353 der Richter von Amtswegen auf wichtige, treffende und übereinstimmende Vermuthungen achten könne, so dürfen doch die Thatsachen, aus denen die den mangelhaften Beweis ergänzen sollenden Vermuthungen hergeleitet werden, wenigstens nicht aus den nämlichen Beweismitteln sich ergeben, weil sonst offenbar jener unvollständige Beweis aus sich selber ergänzt würde, was ganz unzulässig wäre. Beklagter habe zwar auch auf einen Augenschein und eine Expertise angetragen; allein! da durch Augenschein nur der gegenwärtige Zustand einer Sache zur Gewißheit erhoben werden könne, dem Beklagten hingegen obliege, einen Zustand wie er 30 Jahre vor Anstellung der Klage bestand, nachzuweisen, so würden jene Mittel, abgesehen von der Trüglichkeit einer Expertise über das Alter einer Bauanlage, gleichfalls zu keinem Resultat führen. Auch könne Beklagter nicht zum Notheid zugelassen werden, weil er nicht behaupte, daß er es selber gewesen sei, welcher vor 30 Jahren die Durchzugbalken seiner Scheuer auf die Mauer seines Nachbars aufgelegt oder habe auflegen lassen, daher der Notheid kein Wahrheits-, sondern nur ein Glaublichkeitseid sein würde, der nach der Eidesordnung Art. 7 ausdrücklich verboten.

§. 2. Ansicht des Einsenders.

1) In Ansehung der Beweispflicht im vorliegendem Falle besteht nach gemeinem Rechte nicht einmal eine Controverse darüber, daß sie dem Negatorienkläger gegen

Digitized by Google

den Besitzer obliege, weil ein besonderes Gesetz für diese Art von Dienstbarkeit, — des Balkenauflegens (serv. tign. immitt.) die Entscheidung gegeben hat. Es ist die im ersten Rechtsfall schon angeführte, L. 8. §. 3 D. si serv. vind. (8. 15), welche in deutscher Uebersetzung also lautet: „Wenn aber darüber Frage entsteht, wer die Rolle des Besitzers und wer die des Klägers übernehmen solle, so merke man, daß, wenn die Balken schon eingelegt sind, derjenige, welcher die Zuständigkeit der Dienstbarkeit behauptet, die Rolle des Besitzers einnehme, wenn aber die Einlegung noch nicht stattgefunden hat, der, welcher das Recht dazu läugnet." Nach dieser Stelle, verglichen mit fr. 15. D. de nov. op. nunc. hat es keinen Zweifel, daß derjenige die Beweislast hat, welcher den Besitzstand gegen sich hat.

Unser einheimisches Recht hat hierin — wie im ersten Rechtsfall ausgeführt worden — keine Aenderung getroffen. Daher mit Unrecht hier dem Besitzer der Dienstbarkeit (dem Beklagten) vom ersten und letzten Instanz-Gericht der Beweis der Dienstbarkeit auferlegt worden ist, vielmehr hätte dem Negatorienkläger der Beweis über seine Klagbehauptung, welche nach anfänglich unbestimmten und widersprechenden Anführungen dahin ging: es sei das Anliegen der Balken (Stützen) der Scheuer des Beklagten auf die Stockmauer der Scheuer des Klägers erst bei der im Jahre 1822 vorgenommenen Reparation geschehen: auferlegt werden sollen, den er jedoch bei Gelegenheit des vom Beklagten angetretenen Zeugenbeweises auch eben so mit Gegenzeugen angetreten hat.

2) Auch bei der Beurtheilung dieses gerichtlich erhobenen Beweises kann ich den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen nicht beipflichten, insbesondere halte ich das Urtheil ganz unrichtig, daß für die Periode von 1808 bis 1815 aller Beweis ermangele. Dieses Urtheil gründet sich auf die irrige Ansicht, daß das Zeugniß des 54 Jahr alten Michael Reiner über jene Wahrnehmungen nichts gelte, welche er in seinem Jugendalter von 10 bis 12 Jahren gemacht habe. Zur Vermeidung von Wiederholungen beziehe ich mich hier auf das im vorigen Rechtsfall Gesagte, und behaupte demnach, daß dieser klassische Zeuge Auskunft gegeben hat darüber, daß die Durchzugbalken schon vor 30 und 40 Jahren eben so wie jetzt aufgelegen waren. Wenn man nun erwägt, daß die vielen andern Zeugen, sowohl Beweis- als Gegenbeweiszeugen, zum Theil von mehrern 20 Jahren Zeugniß geben, und sämmtliche in dem wichtigen Umstande übereinstimmen, daß die Balken nicht im Jahre 1822, wie in der Klage behauptet wurde, bei einer Scheuerreparation zum ersten Mal aufgelegt worden, sondern schon vorher auflagen, wenn man ferner erwägt, daß nach dem Zeugniß des Joseph Reiner sein 75 Jahre alt gewordener Vater, der im Jahre 1822 die Giebelmauer an des Beklagten Scheuer aufführen geholfen hat, dabei geäußert, daß die beiden Durchzugballen, wie sie jetzt noch vorhanden, so lange es ihm gedenke, aufgelegen seien; wodurch wenigstens eine Vermuthung für das Alter dieses Zustandes begründet, welche durch die weitere Betrachtung verstärkt wird, daß man solche kostspielige Reparationen an den wirthschaftlichen Gebäuden auf dem Lande nicht ohne Noth und erst, wann sie das Alter baufällig oder sonst unbrauchbar gemacht hat, vorzunehmen pflegt; so kann mit Umfassung aller aus den Zeugnissen und Umständen hervorgehenden Beweisgründe kein billiger Zweifel darein gesetzt werden, daß der Zustand, welcher die Servitut hier ankündigt, wenigstens schon 30 Jahre gedauert habe; daß daher der Beweis der erwerbenden Verjährung vom Beklagten, obgleich er ihn nicht schuldig war, zu führen, zur Genüge hergestellt worden ist.

Was endlich den in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen berührten Erfüllungseid betrifft, den man deßwegen Anstand genommen hat, ihn dem Beklagten zur Ergänzung seines geführten Zeugenbeweises zuzuerkennen, weil er nur einen Glaublichkeits-Eid (juram. de credulitate) schwören könnte, welcher durch die Eidesordnung aufgehoben ist; so stimme ich auch wieder nicht mit jener Ansicht überein, halte vielmehr dafür, daß der Erfüllungseid hier ein Wissenheits- oder Unwissenheits-Eid (juram. ignocentiae) sein würde, je nachdem der Beklagte schon 30 Jahre lang die fragliche Gebäulichkeit selbst im Besitze hat oder nicht so lange, denn im ersten Falle müßte er bestimmt wissen, ob er nicht in den Jahren von 1808 bis 1815, für welche der Beweis ermangeln solle, die Balken zum ersten Mal habe auflegen lassen, im andern Falle mußte er schwören nicht zu wissen, daß sein Rechtsvorfahrer diesen Zustand — die Auferlegung — begonnen habe.

Donsbach.

Digitized by Google

II.

Noch ein Beitrag zur Lehre von der Beiladung eines Dritten zum Rechtsſtreite.

Als die Lehre von der Beiladung nach unſerer Prozeß-Ordnung noch mehr im Dunkeln lag, hat der Unterzeichnete (in den Annalen 1838. Nro. 7. S. 56 und Nr. 17. S. 106) verſucht, einen Beitrag zur Aufklärung der noch minder aufgehellten Punkte zu liefern. Seither hat ſich der Stand der Sache geändert. Dieſe Lehre iſt in dieſen Blättern †), ſowie in den Blättern für Juſtiz und Verwaltung ††) mehrfältig zum Gegenſtande mehr oder weniger ausführlicher Erörterungen gemacht worden. Die Anſichten ſind aber wenig übereinſtimmend und es findet jetzt das umgekehrte Verhältniß ſtatt, daß die Menge und Mannigfaltigkeit der vorhandenen Abhandlungen die klaren Ueberſchauung, beſonders für das noch minder geübte Auge, erſchwert. Dieſe Ueberſchauung zu erleichtern, und die in den früheren Verſuchen beantworteten Fragen, ſoweit es dienlich ſcheint, einer nochmaligen Beleuchtung zu unterwerfen, ſei der Zweck dieſes neuen Beitrages.

Was zuerſt den Stand unſerer Lehre nach gemeinem Prozeßrecht betrifft, ſo iſt der damalige Stand in den früheren Verſuchen (Annalen 1838. S. 106) ſeinen Grundzügen nach dargeſtellt worden.

Neuerlich hat die alle Beiladung verwerfende Anſicht Martin's wieder im Archiv für civiliſtiſche Praxis Band 23. S. 343 folg., wo ſich auch eine nähere Darſtellung des Geſchichtlichen der Lehre findet, einen neuen Vertheidiger gefunden, und es hat ſich Mittermaier, ſeine frühere Anſicht in ſoweit verlaſſend, in einem Nachtrag zur angeführten Abhandlung, erſterer Anſicht zugeneigt.

Für uns genügt es hier auf dieſen Meinungsſtand hinzuweiſen. (Vergl. hiezu Blätter für Juſtiz und Verwaltung Jahrgang II. S. 462 — 465).

†) Jahrgang 1840 Nr. 12. S. 71; 1841 Nr. 25. S. 183. Nr. 44. S. 311 und Nr. 51. 353.

††) Jahrgang I. S. 431 — 442 (eine weitere Ausführung und theilweiſe Berichtigung des erſten in der vorigen Note angeführten Aufſatzes) ſodann I. S. 497—516 (Entwicklung der Lehre von der Beiladung mit beſonderer Rückſicht auf landrechtliche Beſtimmungen) Jahrgang II. S. 461—475 (Entgegnung auf die vorſtehende Abhandlung.)

Mag die Beiladung nach gemeinem Recht vollen Schutz, Duldung oder Verbannung verdienen, für unſer badiſches Recht giebt §. 118. der Prozeßordnung feſtes Maß, und daran müſſen wir uns halten.

Wir gehen nun zu den einzelnen Fragen über, dem Gang der frühern Verſuche folgend:

I. Ob die Beiladung nach unſerer Prozeß-Ordnung einen ſelbſtſtändigen Grund und Zweck hat? will noch immer bezweifelt werden. (Vgl. Annalen 1841. Nro. 44. S. 311).

Vor allem muß man unſers Erachtens bei der Lehre von der Beiladung nach badiſchem Recht auf die Abſicht des Geſetzes und auf ſeine Beziehung zu der ihm ſtammverwandten und gleichenden, wenn auch nicht zu allgemeiner oder auch nur ausgebreiteter Anerkennung hindurchgedrungenen Anſicht der betreffenden Lehre des gemeinen Prozeſſes ſehen. Man wird ſo zu folgendem Ergebniß gelangen:

Der §. 118. der Pr.Ord., hier namentlich ſein Schlußſatz, iſt ſo auszulegen, daß er eine Wirkung haben kann, und zwar die volle Wirkung, die ihm das Geſetz einräumen wollte. Man darf alſo die Worte „daß eine von der Parthei vorzunehmende Handlung nur durch dieſen Dritten geſchehen kann", nicht ſo wortſtreng auslegen, daß das „nur — kann" auf eine unbeſchränkte, unbedingte Nothwendigkeit gedeutet wird; man würde ſonſt zu dem Ergebniß kommen, daß die Beiladung außer dem Falle, wo Grund zur Streitverkündung vorliegt, gar nie Platz greifen kann. Die nähere Prüfung der verſchiedenen hieher beziehbaren Fälle zeigt nämlich, daß in der That eine unbeſchränkte, unbedingte Nothwendigkeit nirgends aufgezeigt werden kann †††). Man vergleiche

†††) Es kann wohl nur eine hypothetiſche Nothwendigkeit gemeint ſein. Wenn nämlich die Prozeßhandlung in einer gewiſſen (mehr Erfolg habenden) Art vorgenommen werden ſoll, ſo muß dies nur durch den Beizuladenden geſchehen können. Dann iſt Grund zur Beiladung vorhanden, wenn gleich die Prozeßhandlung in einer andern Form auch durch die Partei ſelbſt vorgenommen werden könnte. Eine hypothetiſche Nothwendigkeit, daß der Beizuladende die Prozeßhandlung vornehme, mithin geſetzlicher Grund zur Beiladung, iſt aber hiernach namentlich vorhanden, wenn nur der Beizuladende einen zugeſchobenen Eid als Wahrheits-Eid ſchwören kann, und eben ſo wenn nur er die Aechtheit einer vorgelegten Urkunde kennt, nur er alſo die Urkunde nach §. 433. der Prozeßordnung anerkennen oder ablängnen kann. D. Red.

den Aufsatz in den Blättern für Justiz und Verwaltung, Jahrgang I. S. 502 — 504. Dort ist Obiges für die einzelnen Fälle nachgewiesen, nur ist wohl nicht folgerichtig der einzige Fall ausgenommen worden, wo die Beiladung zum Zweck der Zuschiebung des Wahrheitseides an den Dritten geschieht.

Dieser Fall steht wohl auf gleicher Stufe mit seinen Geschwistern, den übrigen Fällen. Es ist ja keine unbeschränkte, unbedingte Nothwendigkeit vorhanden, daß der Eid als Wahrheitseid geschworen werde, es kann ja prozeßordnungsmäßig der Eid über das Nichtwissen dem Gegner zugeschoben werden, abgesehen von andern Beweismitteln, welche statt der Eideszuschiebung gebraucht werden möchten.

Wenn man diesen Fall als unter den Schlußsatz der Prozeßordnung §. 118. passend gelten läßt, so muß man z. B. auch den Fall gelten lassen, wo die Beiladung zum Zweck der Anerkennung einer von einem Dritten (als Rechtsvorgänger, Vertreter u. s. w. einer Parthei) herrührenden Urkunde geschieht. Vergl. Blätter für Justiz und Verwaltung Jahrgang I. Seite 441 †) und dagegen Annalen 1841 Nro. 25. S. 183 und Nro. 51. S. 356. Ob man dabei soweit gehen darf, auch den Fall unter Prozeßordnung §. 118. zu stellen, wo der dritte Aussteller der Urkunde nicht als Rechtsvorgänger, Vertreter u. dgl. mit einer der Parteien in einem gewissen Einheitsverhältniß steht (die Redactionsnote in Annalen Nr. 25. S. 183 scheint soweit zu gehen) ist eine andere Frage, deren Bejahung erheblichen Bedenken unterliegen dürfte††). Wir nehmen hier den Fall, wo der dritte Aussteller der Urkunde Rechtsvorgänger, Vertreter u. dgl. einer Partei ist. Er ist es, der allein über die Aechtheit der von ihm ausgestellten Urkunde sichere Auskunft geben kann. Er war zur Zeit, um welche es sich jetzt handelt, an der Stelle der jetzt klagenden oder beklagten Partei. Auf der andern Seite liegt aber auch hier keine unbeschränkte, unbedingte Nothwendigkeit vor, daß gerade Er sich über die Aechtheit der Urkunde erklärt, und die fragliche Auskunft giebt, da auf die abläugnende Erklärung der Partei selbst die Aechtheit der Urkunde gemäß Prozeßordnung §. 444. auf anderm Wege hergestellt werden kann. Man muß demnach entweder die beiden obigen Fälle als unter den Schlußsatz der Prozeßordnung §. 118 passend gelten lassen, oder keinen von beiden. Nun ist aber doch wohl die Auslegung vorzuziehen, wornach der Schlußsatz des §. 118. noch eine Wirkung behält. Die klar ausgesprochene Absicht des Gesetzes geht dahin, außer den Fällen, wo Grund zur Streitverkündung vorhanden ist, auch noch für andere Fälle die Beiladung zuzulassen. Die gegentheilige Auslegung, welche eine unbeschränkte, unbedingte Nothwendigkeit unterstellt, würde mit der Absicht des Gesetzes in Widerstreit gerathen, ähnlich der nicht empfehlenswerthen Auslegung eines andern Paragraphen der Prozeßordnung, des §. 169., welche gestützt auf den Ausdruck nothwendig in diesem Paragraphen zu dem Ergebniß gelangt, daß die Anwaltskosten bei den vor den Aemtern verhandelten Rechtsstreitigkeiten gar niemals zu ersetzen sind, weil sie niemals unbedingt nothwendig erscheinen.

Um den Sinn unseres §. 118. zu erforschen, ist es dienlich, auf die gemeinrechtlichen Quellen, woraus er geschöpft worden sein mag, zurückzugehen, nur muß man nicht, wie der Verfasser des Aufsatzes in den Annalen 1841 Nr. 44. S. 311 solche Analogien wählen, die nicht zutreffen, vielmehr solche, die zutreffen, nämlich z. B. die frühere Ansicht Mittermaier's, die Ansicht Gensler's, Linde's u. s. w. Man wird sich dann für unsere Auslegung entscheiden.

Der richtige Sinn des Schlußsatzes der Prozeßordnung §. 118. wird wohl der sein: Bei der Zulassung der Beiladung soll die Rücksicht entscheiden, ob eine solche Beziehung des Dritten zu einer Partei vorhanden ist, daß eine Prozeßhandlung ihrem Zweck nach von dem Dritten, welcher in dieser Beziehung an die Stelle der Partei tritt oder früher an ihrer Stelle stand, vorzunehmen ist †††). Den gang-

†) Die dort aufgestellte Gegenansicht ist im Jahrgang II. S. 468 vom Verfasser wieder verlassen worden.

††) Davon, daß der Beizuladende mit einer der Parteien in einem gewissen Einheitsverhältnisse stehen müßte, sagt der §. 118. kein Wort. Dies ist also auch kein gesetzliches Erforderniß, es wäre denn, daß man eben darin, daß eine von der Partei vorzunehmende Prozeßhandlung nur durch den Beizuladenden geschehen könne, selbst schon ein Einheitsverhältniß fände. D. Red.

†††) Damit gelangt man zum nämlichen Ziele, wie wenn man nach der Note †††) darauf sieht, ob nur der Beizuladende die Prozeßhandlung in einer bestimmten (mehr Erfolg habenden) Weise vornehmen kann. D. Red.

Digitized by Google

baren Ausdruck Personeneinheit zu gebrauchen, erscheint nicht räthlich, weil derselbe das fragliche Verhältniß nicht treffend bezeichnet, und hierin dürfte auch der Grund zu suchen sein, waeum der Schlußsatz des §. 118. so gefaßt wuede, wie er lautet.

Die Fälle, in denen Beiladung statt fiudet, ängstlich zu beschränken oder gar auf uichts zurückzuführen, scheint uicht im Geiste des Gesetzes. Eben so wenig scheint es thunlich und ersprießlich, alle einzelnen Fälle erschöpfend aufzählen zu wollen (vgl. Blätter für Justiz und Verwaltung Jahrgang I. S. 440), es wied dem richterlichen Ermessen hier füglich Spielraum gelassen werden können, da die Beiladung nue als eiue zwaugloſe gerichtliche Aufforderung zur Mitwirkung an den Dritten erscheint.

Wir gehen zu der weitern Frage:

II. Wie hat die Beiladung zu geschehen?

Daß nach unserem bestehenden Rechte ein Rechtsnachtheil dabei nicht gedroht werden daef, ist jetzt als eine ausgemachte Sache zu betrachten. Die Grüude sind in dem früheren Versuch (Annalen 1838 S. 107) augegeben. Vgl. Blätter für Justiz und Verwaltung Jahrgang I. Seite 442 und Seite 504.

Im ersteren dieser beiden Aufsätze ist die Ansicht geltend gemacht, daß mit der Beiladung (nach Geollmann's Lehre) auch ein Ungehorsamsverfahren gegen den Beizuladenden hätte eingeführt werden solleu. Diese Behauptung wird sich nicht rechtfertigen, denn auch ohne solches Ungehorsamsverfahren hat die Beiladung guten Rechtserfolg, sie trägt dazu bei, Prozesse zu verhüten oder zu vereinfacheu, während die Androhung eines Rechtsnachtheils gegen den Dritten theoretisch und practisch erheblichen Bedenken begegnet, weßhalb sie auch bei den Lehrern des gemeinen Prozesses, welche überhaupt Beiladung zulasseu, nur getheilteu Beifall gefundeu hat.

Der Verfasser des erwähnten Aufsatzes ist auch selbst von seiner früheren Meinung zurückgekommen, iudem er in dem zweiten Jahrgange der nämlicheu Blätter S. 464 darlegt, wie die Beiladung nur dann auf gerechten Grundsätzen beruht, wenn dem Beigeladenen frei steht, ob er Folge geben will oder nicht. Die weitere Frage:

III. Hat die Beiladung noch einen Rechtserfolg, wenn es im Belieben des Beigeladenen liegt, ihe Folge zu leisten oder auch nicht?

ist schon oben berührt worden. In den früheren Versuchen wurde an drei Beispielen gezeigt, daß die Beiladung nach unserer Prozeßordnung noch ihren guten Erfolg haben kann. Es wurde dabei bemerkt, daß sich noch mehrere Beispiele auffinden lassen. Solche weitere Beispiele sind denn auch in den seither erschienenen Abhandlungen aufgeführt worden, und sie bestätigen unsere Behauptung, in so fern daraus zu entnehmen ist, daß überall durch die Beiladung des Dritten die Erledigung des fraglichen Streitpunktes auf einfacherem Wege möglich gemacht wird, ohne daß gegen Hauptgebote wohlgeordneten Verfahrens gesündigt wird. Ein treffendes Beispiel verdient indeß besonders hervorgehoben zu werden, dasjenige, welches die Redactionsnote in Annalen 1841 Nr. 44. S. 311 der kurzen Behauptung, es sei ohne Ungehorsamsverfahren der Zweck der Beiladung niemals zu erreichen, entgegenhält. Es ist folgendes:

Der beklagte Hauptschuldner beruft sich auf die von seinem Bürgen bereits geleistete Zahlung, und legt Quittung vor. Die Quittung wird vom Kläger, der die Zahlung läugnet, nicht anerkannt, aber durch Gutachten Schreibverständiger für ächt erklärt. Den nach Prozeßordnung §. 444 noch erforderten Erfüllungseid kann der Beklagte selbst nicht ableisten und beantragt deßhalb die Beiladung des Bürgen, welcher dabei war, als Kläger die Quittung schrieb. — Diesem Fall stünde der Fall gleich, wenn der Dritte nicht als Bürge, sondern als Geschäftsführer im Sinne des L.R.S. 1372 folg. die Zahlung für den Beklagten geleistet haben wollte. In beiden Fällen wird, sofern der Bürge oder Geschäftsführer nicht schon vom Beklagten Ersatz für die Zahlung erhielt, für den Beklagten in der Regel keiu Grund zur Streitverkündung vorliegen, und doch ist es für den Beklagteu wichtig, daß die Beiladung des Büegen oder Geschäftsführers verfügt werde.

Was die Folgen des Nichterscheinens auf eine rechtmäßige Beiladung betrifft, so könueu wir die in den Blättern für Justiz und Verwaltnng, Jahrg. I. S. 504, aufgestellte Behauptung nicht theilen, daß es deshalb, weil die Beiladung keinen Rechtsnachtheil für den Beizuladenden enthalteu darf, durchaus in der Willkühr des Beigeladenen liege, ob er der Beiladung Folge geben will odee nicht, somit die Unterlassung des Beitrittes ihm gar keinen rechtlichen Nachtheil bringen könne. Auch hier wird auf die Absicht des Gesetzes gesehen werden müssen, mau wird nicht anuehmen dürfen, daß das Gesetz geradezu mit der anderen Hand nimmt, was es mit der einen

Digitized by Google

giebt. Daraus, daß es die Androhung eines Rechtsnachtheils mit der Beiladung verbietet, oder, beſſer geſagt, ſolche Androhung nicht verordnet, folgt noch keineswegs, daß es in jeder Rückſicht in der Willkühr des Beigeladenen ſteht, ob er der ergangenen Beiladung folgen oder den bezüglichen Rechtsſtreit ſeinem Schickſal überlaſſen will. Wenn das Geſetz kein Ungehorſamsverfahren gegen den Beigeladenen zuläßt, ſo geſchieht dies im Intereſſe der Ordnung des Verfahrens, wegen der Unſtatthaftigkeit jedes Zwangs zur Einmiſchung in einen obſchwebenden Rechtsſtreit, wegen der Unthunlichkeit der Beſtimmung eines entſprechenden Rechtsnachtheils. Bei der Frage, ob der Beigeladene die Befolgung der Ladung ohne Gefahr künftigen Nachtheils unterlaſſen darf, wird allein das civilrechtliche Verhältniß zwiſchen ihm und dem Beiladenden entſcheiden, nur dieſes Verhältniß wird entſcheiden, ob eine Sache freier Willkühr (res meae facultatis) für ihn vorliegt, und ob der Rechtsſatz: „Jure suo nlens uominem laedit" auf ihn paßt, ähnlich wie bei der Streitverkündung. Es fragt ſich alſo, ob dieſes civilrechtliche Verhältniß unmittelbar oder mittelbar den Dritten verpflichtet, zur befriedigenden Erledigung des obſchwebenden Streites mitzuwirken. In allen Fällen, in welchen letztere Frage ſich bejahen läßt, wird der Beigeladene wegen des Nichterſcheinens nach Umſtänden haftbar gemacht werden können. Daß aber ſolche Fälle wirklich vorkommen, iſt wohl nicht zu bezweifeln, wenn man erwägt, daß nach Landrechtsſatz 1135 Verträge nicht nur zu dem Ausgedrückten, ſondern auch zu Allem dem verbinden, was aus ſolchen nach Billigkeit, ſowie nach Herkommen oder Geſetzen folgt.

Nur bei ſolcher Behandlung ſcheint uns die Beiladung als gerichtliche Aufforderung zur Mitwirkung bei einem anhängigen Rechtsſtreit ihren wahren Sinn und Werth zu gewinnen.

IV. Wer kann auf die Beiladung antragen? Daß nach Wortlaut und Geiſt des Geſetzes jede von beiden Parteien die Beiladung verlangen kann, dürfte ziemlich allgemeine Anerkennung gefunden haben. Vergl. Annalen 1840. No. 12. S. 71. und 1841. No. 51. S. 356. Blätter für Juſtiz und Verwaltung, Jahrg. I. S. 438. S. 501. Das Nämliche gilt von der Antwort auf die hiermit zuſammenhängende Frage:

V. Mit welchem Theile muß der Beizuladende in dem fraglichen Einheitsverhältniß ſtehen? Es iſt nicht nöthig, daß der die Beiladung begehrende Theil ſelbſt mit dem Dritten in jenem Einheitsverhältniſſe ſteht, die Beiladung kann auch von Dem begehrt werden, deſſen Gegner mit dem Dritten in dem Einheitsverhältniß ſteht. Der Wortlaut der Prozeßordnung §. 118 und die Vergleichung der Natur der einzelnen Fälle rechtfertigt dieſe Anſicht. Hier iſt zu beachten, was in dem erſteren der oben unter IV. angeführten Aufſätze in den Annalen und den Blättern für Juſtiz und Verwaltung nachgewieſen wird, daß Fälle vorkommen können, wo der eine Theil in der Lage wäre, dem Dritten den Streit zu verkünden, aber die Streitverkündung aus Gründen abſichtlich unterläßt, und dann der andere Theil in ſeinem Intereſſe die Beiladung des Dritten zu erwirken veranlaßt wird.

VI. Wann muß die Beiladung bewirkt werden? Unſere Antwort war die: Zu jeder Zeit kann ſie ſtattfinden, wo die durch den Dritten vorzunehmende Handlung prozeßordnungsmäßig noch zuläſſig erſcheint, alſo früher oder ſpäter, je nachdem abgekürztes oder ordentliches Verfahren vorgeſchrieben, und je nachdem die vorzunehmende Handlung in einer einfachen Erklärung oder der Eidesleiſtung u. ſ. w. beſteht.

Es iſt in den Blättern für Juſtiz und Verwaltung, Jahrg. I. S. 503, in Uebereinſtimmung mit Annalen 1835. No. 33. S. 193 behauptet worden, im erſten Verfahren könne nie ein Grund zur Beiladung vorhanden ſein. Hiergegen iſt auf das zu verweiſen, was oben unter I. über die Auslegung der Prozeßordnung §. 118 geſagt worden iſt, es iſt auf den Wortlaut dieſes §. hinzuweiſen, welcher ganz allgemein das Wort Handlung braucht, nnd die Beiladung nicht auf einen gewiſſen Abſchnitt des Rechtsſtreites beſchränkt, es iſt endlich zu erinnern, daß es von Wichtigkeit ſein kann, vorerſt die Erklärung des Dritten zu vernehmen, welcher etwa ſpäter den Haupt- oder Erfüllungseid leiſten ſoll.

Das Geſetz hat wohlgethan, den Schlußſatz der Prozeßordnung §. 118 allgemein zu faſſen, wenn auch die gewählte Faſſung als minder zutreffend erſcheint; denn der einſchlägigen Fälle können bei der Mannigfaltigkeit zuläſſiger Verträge mancherlei vorkommen. Dies dürfte ſich an folgendem Beiſpiele zeigen:

Es iſt vertragsmäßiges Grundgeſetz einer gewiſſen Geſellſchaft, daß bei jedem Rechtsſtreite der Geſellſchaft

Digitized by Google

ein bestimmter, vorzüglich rechts- und sachkundiger Freund der Gesellschaft, welcher sich hierzu erboten hat, den gerichtlichen Erklärungen derselben oder doch der ersten Verhandlung beiwohne und sie unterzeichne. Die Gesellschaft erhebt eine Klage gegen ein Mitglied der Gesellschaft selbst, jedoch nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter.

Bei der Verhandlung wird, vielleicht aus besonderen Rücksichten, jener erwählte Freund nicht zugezogen. Im Interesse des Beklagten liegt es, daß dies statutengemäß geschehe. Hier dürfte es dem Sinne des Gesetzes nicht widersprechen, auf Antrag des Beklagten die Beiladung jenes Dritten zu verfügen.

Eduard Brauer.

III.

Rechtliches Gutachten über die Erbansprüche der Kinder der verstorbenen Elise H. an dem Nachlasse der Wittwe E***.

(Insbesondere zur Erläuterung der Artikel des Code civil 972 und 1035, so wie auch 843 und 845).

Von

Professor Dr. Zoepfl in Heidelberg.

A.

Thatsächliche Verhältnisse.

I.

Die Wittwe E*** zu N. errichtete am 12ten Juli 1833 durch öffentlichen Act vor Notar und vier Zeugen einen letzten Willen, worin sie folgende Bestimmungen traf:

I. Unter der Bezeichnung als Universalerbe setzte sie ein:

1) ihre Schwester Elise H** auf ein Fünftheil ihres Nachlasses;
2) ihre Schwester A. E. A** ebenfalls auf ein Fünftheil;
3) die Kinder ihrer Nichte M** (Tochter einer vorverstorbenen Schwester) auf ein Fünftheil; jedoch so, daß ihre Nichte M** selbst lebenslänglich den Nießbrauch davon haben sollte;
4) die Kinder ihrer Schwester J. auf ein Fünftheil, und
5) eben so die Kinder ihres Bruders Ph. auf ein Fünftheil, und zwar ebenfalls mit der Bestimmung, daß die sub 4 und 5 genannte Schwester und Bruder jedes an den seinen Kindern hinterlassenen Fünftheilen den lebenslänglichen Nießbrauch haben sollten.

Außerdem legirte die Erblasserin den Kindern der verstorbenen Geschwister ihres seligen Mannes 3000 fl. und ernannte Herrn N. zum Testamentsexecutor mit dem Rechte der Saisine.

II.

Am 1. November errichtete die gedachte Wittwe E*** noch ein zweites öffentliches Testament, wodurch sie ihr erstes Testament vom 12. Juli 1833 bestätigen zu wollen erklärte „bis auf nachfolgende Abänderung und Zusätze“:

1) „Anstatt der Kinder ihrer Schwester J.“ ernannte sie „an deren Stelle“ diese ihre Schwester J. selbst als Erbin von ⅕ ihres Nachlasses.
2) Sodann legirte sie eben dieser Schwester J. „aus Erkenntlichkeit für die ihr fortwährend geleisteten Dienste und Pflege noch besonders und zum Voraus“ als volles Eigenthum 1200 fl.
3) Endlich legirte sie ihrer Dienstmagd C., wenn dieselbe bis zu ihrem Ableben bei ihr in Diensten bleibe, 300 fl.

Am Schluße der über dieses zweite Testament aufgenommenen notariellen Urkunde finden sich die Worte:

„Worüber diese Urkunde aufgenommen wurde zu N. am 1. November 1841 im Beisein der Herren (A. B. C. D.) erbotene Zeugen, welche nach geschehener Vorlesung mit dem Notar unterschrieben haben; die Frau Testirerin, vom Notar zur Unterschrift aufgefordert, erklärte, im Augenblick aus Schwäche, Folge ihres Unwohlseins zum Schreiben und Unterschreiben unfähig zu sein.

III.

Es hat sich nun ereignet, daß die in dem ersten Testamente vom 12. Juli 1833 von der Erblasserin zuerst eingesetzte Schwester Elise H**, noch vor dem Ableben der Erblasserin mit Tode abgegangen ist, jedoch eheliche Kinder hinterlassen hat. Im Namen dieser Kinder wurde nun die Anfrage gestellt, ob, und welche Ansprüche dieselben an die Verlassenschaft ihrer Tante, der Wittwe E** rechtlich zu machen befugt sind?

B.

Rechtliche Prüfung.

§. 1. An den Förmlichkeiten des ersten Testamentes (v. 12. Juli 1833) ist keine Ausstellung zu machen, da die Vorschriften des Code civil Art. 971 — 974. genau beobachtet sind.

§. 2. Ein Gleiches läßt sich jedoch hinsichtlich des zweiten Testaments (vom 1. November 1841) nicht vertheidigen, vielmehr leidet dieses an einem offenbaren, wesentlichen und unheilbaren Formfehler. Dieser Formfehler darf nun freilich nicht darin gesucht werden, daß (wie oben sub II. angeführt wurde), die Erblasserin nicht unterzeichnet hat; denn die gehörig durch den Notar in seinem, über die Testamentserrichtung aufgenommenen Acte ge-

schene Erwähnung des von der Erblasserin erklärten Unvermögens zu unterschreiben, mit Angabe des Grundes desselben, vertritt unbestritten, und mit völlig gleicher Rechtskraft die Stelle der Unterschrift selbst.

Vergl. Boileux, Comment. sur le code civil. Paris 1838. Tom. II. p. 303. ad art. 973. Abs. 2. — Duranton, cours de droit civil (Parisee-Ausgabe) Tom. IX. Nr. 94. pag. 128. —

Allein der Code civil art. 972. Absatz 3. fordert ferner ausdrücklich, daß das von dem Notar redigiete Testament „dem Testator in Gegenwart der Zeugen" voegelesen worden, und davon, daß dieses geschehen, muß nach Art. 972. Absatz 4. in dem von dem Notar über das Testament aufzunehmenden Acte ausdrückliche Erwähnung (mention expresse) geschehen, und diese Förmlichkeit muß nach Art. 1001. untee Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden.

Boileux l. c. Tom. II. pag. 301 ad art. 972. Nr. 6. Abs. 5. Duranton Bd. IX. Ne. 85. Zachariae Handbuch. IV. Bd. §. 670. —

In dem zweiten Testamente vom 1. November 1841 ist nun aber nicht gesagt, (s. oben Ne. II.) daß der von dem Notar redigirte Aufsatz „der Erblasserin in Gegenwart der Zeugen" vorgelesen woeden — (wie dieß sehr genau in dem ersten Testamente vom 12. Juli 1833 geschehen ist) — sondern in diesem zweiten Testamente ist nur gesagt, daß alle vier eebotenen Zeugen „nach geschehenee Vorlesung" mit dem Notar unteeschieben haben. Es ist also in dem zweiten Testamente nicht ausgedeückt, und bleibt somit vollkommen im Ungewissen, wenn die Vorlesung des Testamentes geschehen, ob der Erblasseein, oder etwa nue den Zeugen, odee diesen allen zusammen oder einzeln. Wenn man hiee auch so viel zugibt, daß die im Art. 972. Absatz 3. gebeauchten Woete: „il en doit être donné lecture au testateur, en présence des témoins" nicht unerläßlich buchstäblich in dem Acte des Notärs gebraucht sein müssen, sondern daß auch andere gleichbedeutende Ausdrücke (équipollentes) gebraucht werden dürfen, (Duranton l. c. Bd. IX. Nr. 85. Absatz 2.) so ist doch soviel gewiß und unbestritten, und überdieß durch Erkenntnisse des Cassationshofes zu Paeis (arrêt de cass. 13 sept. 1809. Sirey, IX. P. I. pag. 432; arrêts v. 10 und 24 juin 1811; ibid. XI. P. I. pag. 259. arrêt v. 6. Mai 1812; ibid. XII. P. I. pag. 333. 334) bestätiget, daß es nicht hinreicht, blos in allgemeinen und unbestimmten Ausdeücken zu sagen, daß die Zeugen bei der Testaments-Errichtung gegenwärtig gewesen, und daß das Testament voegelesen worden, oder auch, daß es ihnen und dem Testator, odee auch, daß es ihnen eben sowohl, als dem Testator vorgelesen, sondern es muß, wenn gleich etwa mit anderen, als den im Aet. 972 Abs. 3 erfindlichen Worten, doch derselbe Gedanke klar und bestimmt ausgedrückt sein, daß die Zeugen dabei gegenwärtig waeen, als die Voelesung dem Erblasser geschah, und es genügt, wie der arrêt des Cassationshofes vom 6. Mai 1812 sehr gut ausführt, durchaus nicht, um die Nullität abzuwenden, wenn sich sogar aus dem „ensemble" der in dem Acte gemachten Angaben schließen lassen würden, daß die Vorlesung wieklich in der vom Art. 972. geforderten Weise geschehen sei, indem das Gesetz sich nun einmal hier nicht mit Schlußfolgerungen begnügt, und nicht blos von der Beobachtung seiner Vorschriften an sich, sondern überdieß von dee ausdrücklichen Erwähnung iheer Beobachtung die Gültigkeit des Actes abhängig macht. In den von dem Cassationshof solchergestalt entschiedenen Fällen war in dem Testamente sogae gesagt, daß der Notar voegelesen habe „à la testatrice et aux témoins, au testateur ainsi qu'aux témoins" und doch wueden diese Anführungen nach dem Geiste und den Worten des Gesetzes füe ungenügend erklärt: um so weniger kann es Bedenken haben, daß in gegenwärtigem Falle das fragliche Testament vom 1. November 1841 wegen Nichtbeobachtung der im Aet. 972. vorgeschriebenen Förmlichkeiten für nichtig zu halten ist, da darin mit keinem Worte gesagt ist, wann die Vorlesung geschah, und weder die Eeblasserin noch die Zeugen hierbei genannt sind. Die Beuekundung dee Voelesung des Testamentes als vor dem Eeblasser in Gegenwart der Zeugen geschehen, ist übeedies darum angeordnet, weil der Notar nicht schuldig ist, bei dem Niederschreiben des von dem Erblasser eekläeten letzten Willens dessen eigene Woete zu gebrauchen, also es uekundlich feststehen muß, daß der Testator vor den Zeugen, in den von dem Notar möglicher Weise willkürlich gewählten Worten, auch den waheen Ausdeuck seiner Willensmeinung anerkannt habe. Allein in dem voeliegenden Falle entstehet sogar das große Bedenken, ob dee Erblasserin das Testament wirklich vorgelesen worden. Die Urkunde sagt dies nun einmal nicht, und wenn man bedenkt, daß die Erblasserin so schwach wae, daß sie sogar nicht einmal mehe unterschreiben konnte, so wied sehr problematisch, ob sie noch im Stande war, das Testament selbst sich voelesen zu lassen, in welchem Falle das Testament sogae unvollendet sein wüede, und auch daeum keine Gültigkeit haben könnte. Sehe gut bemeekt dahee Duranton l. c. Bd. IX. Nr. 83. „pour que cette formalité (das Vorlesen) ait un objet, il faut que le testateur puisse entendee ce qui lui est lu . . " Verfällt daher der Testator während der Aufnahme des Testamentes in einen solchen Zustand von Schwäche, daß ee das, was ihm voegelesen wied, nicht mehr hören kann, so ist es geeade so, als wenn er vor der Vollendung des Testamentes gestorben wäre. (Duranton l. c. IX. Bd. Ne. 98.). Wo der Notar nicht einmal das in seinen Act aufgenommen hat, daß der Erblasserin das Testament vorgelesen woeden, da muß das Bedenken entstehen, ob man nicht duech die vage und unbestimmte Aeußerung „nach geschehener Vorlesung" über den Punkt hinweg zu kommen gesucht habe, daß die Erblasserin aus Schwäche nicht fähig war, von dem Vorlesen Notiz zu nehmen. Aber abgesehen hiervon, selbst zugegeben, daß die Voelesung an die Erblasserin und die Zeugen ganz in Gemäßheit der Voeschriften des Aetikels 972. stattgefunden habe, so ist dies doch alles irrelevant und das Testament bleibt nach wie vor ungültig, weil die gesetzlich gefoederte ausdrückliche Erwähnung der gesetzmäßigen Vorlesung in dem Testamente fehlt.

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 19. Februar 1842.

I.

Rechtliches Gutachten über die Erbansprüche der Kinder der verstorbenen Elise H. an dem Nachlasse der Wittwe E***.

(Insbesondere zur Erläuterung der Artikel des Code civil 972 und 1035, so wie auch 843 und 845).

Von

Professor Dr. Zoepfl in Heidelberg.

(Fortsetzung.)

§. 3. Es entstehet nun die Frage, welchen Einfluß hat die hiernach offenbare Nichtigkeit des Testamentes vom 1. Nov. 1841, erstlich hinsichtlich der darin enthaltenen neuen Verfügungen, und ferner in Bezug auf das frühere Testament vom 12. Juli 1833.

§. 4. Was die erstere von diesen Fragen betrifft, so ist so viel klar, daß in Folge der Nullität des Testamentes vom 1. Nov. 1841, welche durch die Nichtbeobachtung der im Art. 972. Abs. 4 vorgeschriebenen Förmlichkeiten bedingt ist, alle jene Dispositionen, resp. Legate umfallen, welche in dem ungültigen Testamente neu gemacht worden sind. Zachariä, Handbuch §. 670 a. E.

Es ergiebt sich daher

1) daß die Ernennung der Schwester J., als Legatarin auf 1/3, an der Stelle ihrer im Testament vom 12. Juli 1833 bedachten Kinder (resp. also das legatum translatum) ungültig ist.

2) Ebenso und aus gleichen Gründen ist das für dieselbe Schwester J. ausgeworfene Prälegat von 1200 fl. hinfällig.

3) Ebenfalls aus denselben Gründen ist das der Dienstmagd C. ausgeworfene Legat ungültig.

§. 5. Was aber den Einfluß des wegen Nichtbeachtung der Förmlichkeiten des Art. 972. Abs. 4 nichtigen Testamentes vom 1. Nov. 1841 auf das Testament vom 12. Juli 1833 anbelangt, so ist soviel klar, daß, insoweit das neuere unförmliche Testament nur das frühere förmliche Testament bestätigen wollte, es (insoweit) auf dieses keinen Einfluß äußern kann, wenn das neuere Testament als nichtig erklärt wird. Allein das neuere unförmliche Testament enthält zugleich in Bezug auf einen in dem früheren Testamente auf 1/3 eingesetzten Legatar, nämlich die Kinder der J., eine ademtio legati, indem es deren Legat auf ihre Muttee transferirt (s. oben II.). Es ist so eben (§. 4) gezeigt worden, daß diese translatio legati als neue Legatserrichtung in einem unförmlichen Testamente ungültig ist. Es bleibt daher nur die Frage, ob auch die ademtio legati, wie sie das neue unförmliche Testament bestimmt, ungültig ist, resp. ob nun nach Beseitigung des neuen Testamentes wieder die Kinder der J. das ihnen im ersten Testamente zugedachte 1/3 der Erbschaft erhalten, oder ob das unförmliche Testament, wenn es auch keine neuen Rechte geben, resp. kein Legat gültig transferiren kann, doch etwa die Kraft und Wirkung habe, daß die darin widerrufenen Legate ein für allemal widerrufen bleiben?

§. 6. Zwar ist diese Frage nicht unbestritten, und mehrere namhafte Rechtslehrer, z. B. Boileux l. c. II. Bd. pag. 353. 354. ad Art. 1035. No. 2. Abs. 2. Zachariä l. c. IV. Bd. §. 725. pag. 378, sind der Ansicht, daß, wenn das neue Testament wegen eines Formfehlers nichtig ist, ohne weitere Unterscheidung auch eine in demselben enthaltene Revocation eines in einem früheren Testamente hinterlassenen Legates ungültig sei. Man beruft sich zur Begründung dieser Ansicht darauf, daß ein Testament ein untheilbarer

Digitized by Google

Akt sei, und daß ein Erblasser, welcher für seinen Widerruf die Form des Testamentes wähle, nicht einfach, sondern nur unter der Voraussetzung widerrufe, daß sein Testament als solches gültig bleiben und die widerrufene Sache dem neuen Legatar wirklich zufallen werde. Auch macht man geltend, daß der Art. 1037 nur dann der in einem neuen hinfällig gewordenen Testamente geschehenen Revocation Kraft beilegt, wenn der Grund der Hinfälligkeit darin liegt, daß der Legatar nicht antreten kann oder will (testamentum destitutum), daß aber die Unförmlichkeit des Testamentes dortselbst nicht als gleiche Wirkung habend erwähnt werde.

Allein obgleich nicht in Abrede gestellt werden soll, daß auch die jurisprudence der französischen Appellationshöfe in der Entscheidung dieser Frage schwankend ist, und daß auch der Cassationshof zu Paris in seinen Erkenntnissen obiges Raisonnement adoptirt hat (vergl. arrêt de cass. vom 20. Febr. 1821; Sirey Bd. XXII. P. I. pag. 11; arrêt v. 2 März 1836; Sirey Bd. XXXVI. P. I. pag. 174), so läßt sich doch, wenn man nicht alle Regeln der juristischen Auslegung bei Seite werfen will, und wenn man die Worte des Gesetzes nach seinem Geiste und nach der Absicht des Gesetzgebers auffaßt, mit überwiegenden Gründen nachweisen, daß eine in einem unförmlichen Testamente geschehene Revocation eines früheren Legates in dem Falle für vollkommen wirksam geachtet werden muß, wenn nur das unförmliche Testament doch noch jene Förmlichkeiten hat, welche zu einem einfachen, notariellen Akte gehören, wie dieses auch jederzeit von den ausgezeichnetsten französischen Juristen, namentlich von Toullier Liv. III. tit. II. Sect. VIII. nr. 619—628 (Brüsseler Ausg. Bd. III. pag. 170 u. f.) und Duranton l. c. Tom. IX. nr. 438., der theilweise conträren Praxis ungeachtet, fortwährend und unverändert angenommen und vertheidigt worden ist.

Der Art. 1035 erlaubt nämlich den Widerruf einer testamentarischen Bestimmung ausdrücklich entweder in einem neuen Testamente oder in einem notariellen Akte. Gehet man nun auf die Geschichte der Abfassung dieses Artikels zurück, welche als die beste Quelle der Interpretation des Code civil unstreitig anerkannt ist (Zachariä l. c. §. 41), so hat der Staatsrath, von Berlier und Tronchet, in der Sitzung vom 27. Ventose J. XI. aufmerksam gemacht, daß die hier aufgeworfene, längst vor der Abfassung des Code unter den französischen Juristen getriebene Controversfrage in dem ursprünglichen Redaktionsvorschlage des Code civil nicht ausdrücklich entschieden sei, die Ansicht adoptirt, daß auch ein in der Form nichtiges Testament den Widerruf des Testators zu constatiren genüge, und somit wurde beschlossen, daß diese Ansicht in dem Gesetze ausgedrückt werden solle. (Vergl. Toullier l. c. nr. 621. 622.) Dieser Beschluß des Staatsrathes ist nie aufgehoben worden, im Gegentheile wurden die verschiedenen folgenden Redaktionsvorschläge und die endliche Fassung des Art. 1035 nur als wiederholte Bestrebungen angesehen, den vom Staatsrathe erfaßten und adoptirten Grundgedanken in verbesserter Form auszudrücken. (Vergl. Toullier l. c. nr. 623. 624.)

Es ist daher auch stets von Maleville, welcher bei der Abfassung des Code civil unmittelbar beschäftigt war, und dessen Erklärung daher, wo es auf die Ermittelung der Absicht des Gesetzgebers ankommt, für alle Zeiten von der größten Bedeutung ist, in seiner analyse raisonnée ad art. 1035 bemerkt worden, daß die vorgedachte Ansicht des Staatsrathes in der jetzigen Fassung des Art. 1035 niedergelegt sei. Erst solche Schriftsteller, welche an den Discussionen des Staatsrathes keinen Antheil genommen haben, und den Werth derselben zu gering anschlagen, sind später mit der entgegengesetzten Meinung hervorgetreten, und haben die geschichtswidrige Behauptung aufgestellt, als sei die Entscheidung der vorliegenden Frage im Code, resp. im Art. 1035 gar nicht aufgenommen, so z. B. Grénier, traité des donations et des testaments I. 342, welchem auch Zachariä (l. c. §. 725) in dieser Lehre gefolgt ist.

Hieran ist aber nur so viel richtig, daß nach dem Art. 1035 ein Widerruf in einem unförmlichen Testamente nicht unbedingt eine frühere Disposition aufhebt, sondern nur dann, — (und gerade dies ist die Modification und Verbesserung, mit welcher der Grundgedanke des Staatsrathes aus den ferneren Verhandlungen mit dem Tribunate hervorging). — wenn jenes unförmliche Testament doch noch die Requisite eines gewöhnlichen notariellen Aktes hat.

Allein selbst wenn es richtig wäre, daß der Beschluß des Staatsrathes, gegen dessen Absicht, in dem Art. 1035 mit der gedachten Modification nicht zum Gesetze erhoben worden, und also gleichsam inter pia desideria verblieben sei, so würde daraus noch nicht folgen, daß darum die Frage so wie bei Grénier und Zachariä entschieden werden müßte, sondern nur so viel, daß diese alte, schon vor der

Digitized by Google

Abfassung des Code vielgetriebene Streitfrage auch in dem Code gar nicht expressis verbis entschieden sei, und daher nach wissenschaftlichen und im Geiste des Code wurzelnden Grundsätzen entschieden werden müsse.

In dieser Beziehung hat nun Toullier l. c. nr. 627 sehr gut nachgewiesen, daß die Behauptung, auf welche sich namentlich Boileur l. c. und die Entscheidungen des Cassationshofes zu Paris stützen, als sei das Testament ein untheilbarer Akt, rein aus der Luft gegriffen, und dem Geiste des französischen Rechtes schnurstracks entgegen ist, welches überall das Prineip festhält: „utile per inutile non vitiatur," und darum auch ganz consequent sogar ausdrücklich (Art. 1318) einen notariellen Akt, welcher wegen Formfehlers nicht als solcher bestehen kann, als eine Privaturkunde aufrecht erhält, wenn er nur wenigstens die Erfordernisse einer solchen hat.*) Eben so gehaltlos ist das Räsonnement, wonach der Testator, welcher für seinen Widerruf die Form eines Testamentes wählt, so betrachtet werden soll, als wenn er nur sub conditione, daß sein neues Testament als solches förmlich sei und gelte, und folglich nur sub conditione widerrufen habe, daß der neue Legatar das legatum translatum wirklich erhalte, — denn Bedingungen sind niemals zu vermuthen, und es ist ganz unjuristisch, eine unbedingte Verordnung als eine bedingte zu fingiren. Sodann ist aber an sich gar nicht nöthig, daß der Erblasser, welcher für die Beurkundung seines Widerrufes die Form eines Testamentes wählt, die widerrufene Sache weiter legire, und wenn er auch dieses thut, so hat es wenigstens eben so viel als die gegentheilige Ansicht für sich, wenn man annimmt, daß er nur darum über die Sache weiter legirt habe, weil er ein für allemal entschlossen war, sie dem ersten Honorirten nicht zu lassen. Wer zu dem Widerrufe eines Legates die Form eines öffentlichen Testamentes wählt, weiß und muß wissen, daß er mehr thut, als er zu thun schuldig ist, da er auch eben so gut hierzu einen einfachen notariellen Akt gebrauchen dürfte; er ist also berechtigt, zu erwarten, daß sein Widerruf bestehen bleibt, wenn auch nur das im Art. 1035 ebenfalls für genügend erklärte geringere Maß der Förmlichkeit in Nichtigkeit ist. Hier muß also die Regel gelten: „superflua non nocent," d. h. es kommt nichts darauf an, ob das superfluum gesetzmäßig oder illegal ist. Das Gesetz (Art. 1035) erlaubt dem Testator nicht etwa darum in einem neuen Testamente zu widerrufen, um dem Widerrufe durch die vermehrten Förmlichkeiten eine Falle zu legen, sondern aus Rücksicht darauf, daß dem Testator, wenn er nicht blos widerrufen, sondern auch das Legat transferiren will, beides in einem Akte möglich sein soll, und darum sind auch nur für die translatio legati, nicht aber auch für die ademtio die vermehrten Formen für wesentlich zu erachten. Sehr gut bemerkt sodann auch noch Toullier, l. c. nr. 626 a. E., daß der Art. 1037 nur darum nicht ausdrücklich sage, daß der Widerruf einer früheren Disposition bei Kraft bleibe, wenn er auch in einem unförmlichen Testamente geschehen sei, — (welches jedoch noch die Formen eines notariellen Aktes hat) — weil die Redactoren des Gesetzes der festen Ueberzeugung waren, daß dies schon durch Art. 1035 in seiner jetzigen Fassung genügend ausgesprochen sei. Auch dienet zur Bestätigung unserer Ansicht, daß man in dem belgischen Gesetzbuche — (nicht um ein jus novum zu gründen, sondern um die Zweifel über den ursprünglichen und wahren Sinn des Art. 1035 zu beseitigen) — diesem Art. 1035 einen Zusatz gegeben hat, durch welchen er gerade in dem Sinne declarirt wird, wie er dem französischen Staatsrathe vorschwebte, und darum mit Recht von Toullier und Duranton verstanden wird.

§. 7. Erwäget man nunmehr, daß in unserem Falle die Nichtigkeit des Testamentes vom 1. Nov. 1841 lediglich auf dem Formfehler beruht, daß die der Erblasserin in der Gegenwart der Zeugen zu machende Vorlesung nicht beurkundet ist, daß also im Uebrigen dieses Testament alle Förmlichkeiten eines notariellen Aktes hat, daß ferner die Erblasserin sogar ausdrücklich in diesem

*) Ganz consequent und nur ein Ausfluß dieses Prinzipes, zugleich aber auch ein weiteres Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht ist es, daß nach der einstimmigen Ansicht aller französischen Juristen und nach der conformen Jurisprudence des Cassationshofes (vergl. arrêt v. 6. juin 1814, Sirey XIV. P. I. p. 127; arrêt v. 23. nov. 1828, ibid XXIX. P. I. p. 6); ein jedes testament mystique, welches, wenn es formrichtig ist, die Natur eines Acte authentique an sich trägt (vergl. arrêt de Cass. v. 11. Juil 1815; Sirey XV. P. I. p. 336), unbedingt als testament olographe gilt und erhalten wird, wenn nur die für ein solches geltenden Vorschriften beobachtet sind, sollte es auch als testament mystique formlos und nichtig sein (vergl. Boileur l. c. II. p. 308. 309. ad art. 976. — auch in Thilo, Controversen des französischen Civilrechts. Stuttgart 1841 ad art. 976. Ponent. I.

Akte den Widerruf einer früheren testamentarischen Disposition ausgesprochen hat, — (verbis: „folgende Abänderung", und „statt der Kinder ꝛc." „an deren Stelle", s. oben II.) — obgleich auch, wie Toullier l. c. nr. 629 richtig bemerkt, auch schon einem stillschweigenden Widerrufe gleiche Kraft beigelegt werden müßte, — so ist daher das den Kindern der J. in dem Testamente v. 12. Juli 1833 ausgesetzte Legat von 1/5 des Nachlasses durch das unförmliche Testament vom 1. Nov. 1841 gültig und ein für allemal widerrufen. Dadurch erscheinet nun ein Fünftheil der Erbschaft — nämlich das ursprünglich den Kindern der J., nachher dieser selbst bestimmte Fünftheil — als erledigt, resp. als ein Vermögenstheil, über welchen die Erblasserin testamentarisch nicht verfügt hat.

§. 8. Die Erblasserin hatte aber in dem Testamente vom 12. Juli 1833 ihrer Schwester J. an dem deren Kindern vermachten Fünftheile ihres Nachlasses die lebenslängliche Nutznießung vermacht. Diese Disposition hatte durch das (unförmliche) Testament vom 1. Nov. 1841 insoferne eine Modification erlitten, als die Erblasserin darin ihrer Schwester J. sogar das Eigenthum desselben Fünftheils zuwenden wollte. Letztere Absicht konnte nun zwar wegen der Unförmlichkeit des neuen Testamentes nicht erreicht werden. Allein daraus, daß hiernach die beabsichtigte translatio legati (§. 4) auf diese Schwester J. ungültig wurde, und daß auf der anderen Seite deren Kinder durch die zu Recht bestehende ademtio legati (§. 6), welche in dem unförmlichen Testamente enthalten ist, das ihnen ursprünglich zugedachte Erbtheil von 1/5 verlieren, folgt noch nicht, daß die J. auch nunmehr den ihr in dem ersten Testamente zugedachten Niesbrauch von 1/5 des Nachlasses verliere. Die Absicht der Erblasserin ging nämlich unverkennbar dahin, durch das zweite Testament ihrer Schwester J. noch ein Mehreres zu gewähren, als sie ihr bereits durch das erste Testament gewährt hatte; konnte diese Absicht — wegen der Formlosigkeit des neuen Testamentes auch nicht erreicht werden, so ist doch dadurch, daß die J. das ihr zugedachte Mehrere nicht erhalten kann, derselben nach dem Willen und nach den Worten des Testamentes nichts von dem genommen, was ihr bereits durch das erste Testament gegeben war. Ihr Legatum des ususfructus von 1/5 der Erbmasse ist also durch das neue Testament gar nicht afficirt oder alternirt worden. (Vergl. Duranton l. c. IX. Bd. No. 439. Boilenx l. c. ad art. 1035. Tom. II. pag. 355.)

Mit Unrecht würde man aus den Worten des ersten Testamentes, daß die J. das Erbtheil ihrer Kinder lebenslänglich niesbrauchen solle, ableiten wollen, daß dieser Niesbrauch erlösche, wenn die Kinder der J. keinen Erbtheil mehr erhalten, so wie es jetzt wegen der ademtio legati in dem zweiten Testamente wirklich der Fall ist (§. 6). Denn nicht nur ist das Legat des Niesbrauches an sich ein ganz selbstständiges Legat und von dem des Eigenthümers ganz unabhängig, sondern die Erblasserin hat auch nirgends den Willen ausgedrückt, daß der Erwerb eines Fünftheils ihres Nachlasses als Erbtheil durch die Kinder der J. für diese selbst die Bedingung sein sollte, unter welcher sie zu dem Niesbrauche desselben Fünftheils gelangen solle. Vielmehr ist der J. das Legat des Niesbrauches von 1/5 der Erbschaft ohne alle Bedingung (pure) hinterlassen, und die Bemerkung, daß sie diesen Niesbrauch an dem ihren Kindern hinterlassenen Fünftheile ausüben soll, ist für sie nur eine demonstratio oder Anweisung eines gewissen Objectes zur Ausübung ihres legirten Niesbrauches, welche wohl eine Belästigung für die Kinder enthalten hätte, wenn sie Erben dieses Fünftheils geworden wären, aber an dem legatum ususfructus selbst nichts verändert, wenn die Personen hinwegfallen oder durch andere ersetzt werden, welche die Ausübung des ususfructus an ihrem Legate oder an ihrer Erbportion zunächst hätten dulden müssen. Es ist also die J. nach wie vor für befugt zu achten, den Niesbrauch von 1/5 des Nachlasses ihrer Schwester als Legat anzusprechen.

§. 9. Nach dieser vorläufigen Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Testamente und der durch das zweite an dem Inhalte des ersten bewirkten Modificationen gehen wir nunmehr zur Prüfung der Hauptfrage über, ob und welche Rechte den Kindern der Elise H** an dem Nachlasse der Erblasserin zustehen, nachdem ihre Mutter noch vor der Erblasserin mit Tode abgegangen ist.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. | Nro. 9. | Karlsruhe den 26. Februar 1842.

I.

Rechtliches Gutachten über die Erbansprüche der Kinder der verstorbenen Elise H. an dem Nachlasse der Wittwe E***.

(Insbesondere zur Erläuterung der Artikel des Code civil 972 und 1035, so wie auch 843 und 845).

Von

Professor Dr. Zoepfl in Heidelberg.

(Schluß.)

§. 10. Es ist hier vor Allem so viel klar, daß die Kinder der Elise H** in dem Testamente vom 12. Juli 1833 nicht eingesetzt, noch hier oder nachher als Vulgarsubstituten an die Stelle ihrer Mutter berufen sind, daß sie also aus dem Testamente unter dem Titel als Legatare nichts erhalten können. Es ist sehr möglich, daß die Erblasserin selbst nicht anders glaubte, als daß, wenn ihre Schwester Elise H** vor ihr versterben sollte, deren Kinder ipso jure an deren Stelle treten würden; allein die Erblasserin hat nun einmal dieses nicht erklärt, und auf eine bloße Möglichkeit hin, ohne bezeichnende, einer bestimmten Auslegung fähige Worte darf keine Vermuthung einer letztwilligen Disposition gegründet werden, da eine solche ebenso wenig ohne Willen als ohne eine hinreichende Aeußerung desselben gedacht werden kann. Eben so wenig können die Kinder der Elise H** jure transmissionis erben, da derjenige, welcher ein Legat weiter vererben will, nothwendig selbst den Tod des Erblassers erlebt haben muß (Art. 781. 1039. vergl. mit 1014). —

§. 11. Allein hieraus folgt noch nicht, daß die Kinder der Elise H** gar kein Recht hätten, in dem Nachlasse ihrer Tante zu concurriren. Das französische Recht erkennet nämlich, wie das ältere deutsche Recht, den römischen Grundsatz — „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" nicht an (vergl. meinen Aufsatz über das germanische Element im Code Napoléon, in Reyscher und Wilda Zeitschrift f. deut. R. 1841. Bd. V. Hft. 1. p. 110 u. folg.), und consequent kennt es auch kein jus accrescendi der Legatare, sondern nur ein sehr beschränktes jus non decrescendi unter der Bezeichnung als accroissement (art. 1044. 1045), und wenn etwas unvertheilt ist, so fällt dies immer an die Intestaterben. Ueberdieß gehet überall, wo legitime Intestaterben (héritiers légitimes) vorhanden sind, die Erbschaft de plein droit und unmittelbar, kraft der diesen héritiers vom Gesetze beigelegten saisine, an dieselben über (Art. 724), ohne alle Rücksicht, ob ein gültiges Testament vorhanden ist oder nicht, so daß die Legatare stets von diesen héritiers die Herausgabe der Legate verlangen müssen, gleichviel, ob das Legat Universal- oder Erbtheil- oder Erbstückvermächtniß ist (Art. 1005. 1011. 1014). Der Erblasser selbst kann diese saisine seinen héritiers durch keine Disposition entziehen, sondern höchstens theilweise und für einige Zeit deren Ausübung durch die Anordnung eines Testamentsexecutors (Art. 1026) suspendiren. Man muß daher, um einen Erbschaftsfall nach französischem Rechte richtig zu beurtheilen, vor Allem feststellen, welche Personen als héritiers légitimes die saisine der Erbschaft haben.

§. 12. Wenden wir nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so erhalten wir folgendes Resultat:

Zur Zeit des Todes der Erblasserin leben drei Geschwister derselben, 1) A. E. A., 2) J., 3) Ph., sodann 4) die M** als Tochter einer schon in früherer Zeit verstorbenen Schwester, und 5) die Kinder der erst kürzlich, jedoch noch vor der Erblasserin verstorbenen Schwester derselben, der Elise H**. —

Digitized by Google

Dieſe Perſonen zuſammen, die drei erſtgenannten de leur chef, die letzteren (4. und 5.) jure repraesentationis (Art. 742) ſind die héritiers, welche die saisine an der Erbſchaft haben, und welche, wenn kein Teſtament vorhanden wäre, den Nachlaß unter ſich in fünf Theile theilen würden*). Alle dieſe héritiers ſind aber als Collateralen keine héritiers à reserve, d. h. der Erblaſſer iſt keinem von ihnen einen Pflichttheil ſchuldig; ſie erben alſo ab intestato — reſp. ſie behalten zur Vertheilung unter ſich in fünf gleiche Theile nur ſo viel, als die Erblaſſerin nicht an andere Perſonen legirt hat.

§. 13. Die Erblaſſerin hat aber durch Teſtament vom 12. Juli 1833 Folgendes verfügt:

1) an Perſonen, welche in dem Augenblicke ihres Todes nicht zu ihren héritiers gehörten:

a) 3000 fl. den Kindern der Geſchwiſter ihres verſtorbenen Mannes.

b) Ein Fünftheil ihres Nachlaſſes an die Kinder ihrer Nichte M**.

c) Ein Fünftheil den Kindern ihres Bruders Ph.

d) Das Legat von ein Fünftheil an die Kinder ihrer Schweſter J. iſt durch das Teſtament vom 1. Nov. 1841 widerrufen (ſ. §. 6. 7).

2) An Perſonen, welche zur Zeit ihres Todes ihre héritiers waren:

a) Ein Fünftheil ihres Nachlaſſes an ihre Schweſter A. E. A**.

b) Die Nutznießung von 1/5 an ihre Nichte M**.

c) Die Nutznießung von 1/5 an ihre Schweſter J.

d) Die Nutznießung von 1/5 an ihren Bruder Ph.

e) Das Legat von 1/5 ihres Nachlaſſes an ihre Schweſter Eliſe H** war wegen deren früheren Todes hinfällig geworden.

Es ergibt ſich nun alſo vorerſt einmal ſo viel, daß zwei Fünftheile der Erbſchaft zur Zeit des Todes der Erblaſſerin — das eine wegen Widerrufes, das andere wegen des früheren Todes der eingeſetzten Legatarin — unvertheilt waren, und daß alſo jedenfalls dieſe zwei Fünftel, wovon jedoch das eine, nämlich das von den Kindern der J. widerrufene, mit einem dieſer legirten ususfructus beſchwert iſt, eine Inteſtaterbmaſſe conſtituiren, in welche alle oben genannten héritiers zu fünf gleichen Theilen berufen ſind.

§. 14. Hätte die Erblaſſerin ihr übriges Vermögen außer den gedachten zwei Fünftheilen nur und ausſchließlich an ſolche Perſonen legirt, welche nicht zu ihren héritiers gehören, ſo würde ſich alſo das Erbrecht der Kinder der Eliſe H** auf ein Fünftheil an den in dem vorigen §. bezeichneten zwei Fünftheilen (reſp. auf 2/25 des ganzen Nachlaſſes) beſchränken. Allein die Erblaſſerin hat, wie in dem §. 13 eben gezeigt worden, auch an mehrere ihrer héritiers Legate hinterlaſſen. Hier tritt nun ein anderes Prinzip des Code civil ein. Dieſer will nämlich nicht, daß ein héritier (im Verhältniſſe zu ſeinen cohéritiers) zugleich als ſolcher — ab intestato — und aus dem Teſtamente erbe. Darum hat der Code Art. 843 die Collationspflicht auf alle héritiers ausgedehnt, und ihnen befohlen, Alles, was ſie als Geſchenk unter Lebenden erhalten haben, ſo wie auch alle Legate, welche ihnen hinterlaſſen ſind, einzuliefern und zu conferiren, und beziehungsweiſe nicht einzufordern und in Anſpruch zu nehmen („il ne peut retenir les dons, ou reclamer les legs etc."), ſie wären ihm denn ausdrücklich als Voraus (par préciput et hors part) und mit der Erklärung hinterlaſſen, daß er ſie zu conferiren nicht ſchuldig ſein ſolle. Eine ſolche Beſtimmung — daß einer der héritiers ſein Legat als Voraus haben und nicht einzuwerfen ſchuldig ſein ſolle — findet ſich nun aber in dem Teſtamente vom 12. Juli 1833 nicht. Es ſind alſo alle darin bedachten héritiers ſchuldig, die ihren (nicht aber die ihren Kindern! Art. 847) — dort gemachten Legate — mögen ſie nun in einer Proprietät oder in einem ususfructus beſtehen — in die Erbmaſſe einzuwerfen, und unter ſich in fünf gleiche Theile zu vertheilen, ſo daß alſo das Recht der Kinder der Eliſe H** ſich dahin erweitert, außer jenen vorgedachten (§. 13) zwei Fünftheilen, auch von allen dieſen conferendis der übrigen héritiers ein Fünftheil in Anſpruch zu nehmen.

§. 15. Es haben übrigens jene héritiers, welche in dem Teſtamente mit Legaten bedacht ſind, nach dem Code civil Art. 845 das Recht, zu erklären, daß ſie auf die Theilnahme an der Inteſtatſucceſſion ganz verzichten wollen. Wenn ſie dies thun, ſo bleibt ihnen, weil hier keine héritiers à reserve vorhanden ſind, ihr Legat unge-

*) Die Kinder jener héritiers, welche ſelbſt noch leben, können natürlich als Entferntere, durch einen Näheren, in der Mitte Stehenden ausgeſchloſſen, bei Beſtimmung der Inteſtaterbfolge nicht in Betracht kommen (Art. 744).

Digitized by Google

ſchmälert, und brauchen ſie daſſelbe nicht zu conferiren. Dagegen haben diejenigen, welche von dieſem Wahlrechte Gebrauch machen, gar keine Anſprüche mehr, an jener Maſſe zu participiren, welche aus den nicht legirten Vermögenstheilen und aus den conferendis derjenigen ſich bildet, welche es vorziehen, ihre Legate einzuwerfen. Sollten im vorliegenden Falle alle jene héritiers, welche von der Erblafferin mit Legaten bedacht worden ſind, es vorziehen, ſich mit denſelben zu begnügen, als ſie zu conferiren, ſo fallen unter dieſer Vorausſetzung den Kindern der Eliſe H** jene beiden im §. 13 als vacant bezeichneten Fünftel als ihre Inteſtatportion zu. Die Kinder der Eliſe H** haben daher nur die übrigen cohéritiers in gehörigen Formen aufzufordern, die Collation vorzunehmen (Art. 850. 857 u. fl.), und von den hierauf von den cohéritiers eingehenden Erklärungen — ob ſie nämlich conferiren oder ſich des in Art. 845 gegebenen Wahlrechtes bedienen wollen, wird es ſodann abhängen, ob ſie die weiteren, nach Art. 1027 nothwendigen Schritte, um die saisine des Teſtamentsexecutors aufhören zu machen, allein oder in Verbindung mit ſämmtlichen oder einigen der übrigen cohéritiers zu thun haben. Zöpfel.

II.

Ueber die Förmlichkeiten eines geheimen letzten Willens nach Landrechtsſatz 976. 976 a. 979.

Obſchon über die nothwendigen Förmlichkeiten eines geheimen letzten Willens ſchon mannigfache, ſelbſt von dem höchſten Gerichtshof erlaſſene Erkenntniſſe ergangen ſind, und obſchon dieſe Förmlichkeiten in einem Rechtsſtreit vor dem Oberhofgericht in zwei entgegengeſetzten Gutachten, welche die oberhofgerichtl. Jahrbücher von 1838/39 S. 504 mittheilen, eine ausführliche Erörterung erhalten haben, ſo iſt dieſe Frage doch noch weit davon entfernt, eine ſichere und feſtgeſtellte zu ſein. Ja man wird füglich behaupten können, daß ſie bei dem Beſtand der Landrechtsſätze 976. 976 a. nie zu einer Feſtſtellung gelangen wird, denn die Wortfaſſung und der Inhalt des Landrechtsſatzes 976 a. iſt dergeſtalt beſchaffen, daß beides mit der Wortfaſſung und dem Inhalt des Landrechtſatzes 976 nicht zuſammentrifft, und daß daher ihre Vereinbarung nicht aus dem deutlichen Wortlaut erhoben werden kann, ſondern erſt aus mehr oder minder geſuchten Vorausſetzungen und Unterſtellungen geſchaffen werden muß, was zumal bei den Förmlichkeiten eines Teſtaments eine immerhin gewagte Sache iſt.

Es ſoll daher hier nicht ſowohl die Aufſtellung ſämmtlicher Förmlichkeiten eines geheimen Teſtaments, ſondern vielmehr die Darlegung verſucht werden, daß durch den Zuſatz 976 a. zu dem Landrechtsſatz 976 die Sache nicht in das Deutlichere, ſondern vielmehr in eine nicht geringe Ungewißheit geſetzt worden iſt. Wie in den Finanzen, ſo macht auch in den Geſetzen zweimal zwei nicht immer vier.

Faßt man die Wortfaſſung des Landrechtsſatzes 976 in das Auge, ſo ſind die vom Teſtator auszugehenden Förmlichkeiten des geheimen letzten Willens in Beziehung auf die im Landrechtsſatz 976 a. erwähnte Verſiegelung des Teſtaments durch den Staatsſchreiber doppelter Art. Der Teſtator kann ſeine letzte Willensurkunde entweder in ſich ſelbſt oder in einen beſondern Umſchlag einſchlagen, verſchließen, verſiegeln, und ſie ſo in ſich ſelbſt oder in einen Umſchlag verſchloſſen und verſiegelt dem Staatsſchreiber übergeben. Oder er kann die in ſich ſelbſt oder in einem Umſchlag eingeſchlagene letzte Willensurkunde nur ſo eingeſchlagen dem Staatsſchreiber zum Verſchließen und Verſiegeln übergeben.

Der Landrechtsſatz 976 a. ſchreibt dagegen in dieſer Beziehung vor, daß der Staatsſchreiber den geheimen letzten Willen ſo beſiegeln muß, daß er nicht unbemerkt aus dem Umſchlag herausgenommen werden kann.

Hieraus ergiebt ſich nun in mehr denn einer Beziehung eine große Ungewißheit und ſelbſt gänzliche Unvereinbarlichkeit beider Beſtimmungen.

Wie gar nicht zu bezweifeln, ſo geht der Landrechtsſatz 976 in allen ſeinen Vorſchriften von der doppelten thatſächlichen Unterſtellung aus, daß die letzte Willensurkunde entweder in ſich ſelbſt oder in einem beſondern Umſchlag eingeſchlagen und vom Teſtator verſchloſſen und verſiegelt worden iſt, oder daß ſie vom Teſtator in ſich ſelbſt oder in einem Umſchlag eingeſchlagen zum Verſchließen und Verſiegeln übergeben wird. Dieſer fortwährende Gegenſatz des in ſich ſelbſt oder in einen beſondern Umſchlag eingeſchlagenen verſchloſſenen und verſiegelten geheimen Teſtaments folgt insbeſondere noch aus der letzten angeordneten Förmlichkeit des Landrechtsſatzes 976, wo der Staatsſchreiber die Aufſchriftsurkunde entweder auf die

Digitized by Google

Außenseite der Schrift, d. h. des geheimen Testaments, oder ihres Umschlags schreiben muß.

Die Förmlichkeiten eines öffentlichen letzten Willens gehen nun entweder von dem Testator, oder dem Staatsschreiber, oder den Zeugen aus. An eine dieser drei Personen sind überhaupt die Vorschriften des Gesetzes über die hiernach verschiedenen Förmlichkeiten gerichtet, und wenn das Gesetz die nähere Art und Weise einer Förmlichkeit vorschreibt, so muß sie, so wie vorgeschrieben, beobachtet werden.

Wenn nun in dieser Voraussetzung der Landrechtssatz 976 a. vorschreibt, daß der Staatsschreiber die geheime letzte Willensurkunde versiegeln muß, so ist dieses also eine vom Staatsschreiber zu erfüllende Förmlichkeit. Und wenn vorgeschrieben ist, daß diese Versiegelung so vorgenommen werden muß, daß die geheime letzte Willensurkunde nicht aus ihrem Umschlag genommen werden kann, so ist zugleich vorgeschrieben, daß der Staatsschreiber sie vorher in einen Umschlag legen muß; denn er kann eine Urkunde nur dann so versiegeln, daß sie nicht aus ihrem Umschlag genommen werden kann, wenn sie entweder schon in einem Umschlag ist, oder wenn sie erst einen Umschlag erhält.

Hieraus folgen mannigfache Zweifel. Wenn der Testator seine in sich selbst eingeschlagene letzte Willensurkunde verschlossen und versiegelt übergiebt, so kann der Staatsschreiber sie nicht so versiegeln, daß sie nicht aus ihrem Umschlag genommen werden kann. Sie hat keinen Umschlag. Es fällt daher in diesem Fall der Landrechtssatz 976 a. weg, weil er nur von einer Versiegelung eines Umschlags durch den Staatsschreiber spricht. Auf der andern Seite kann man aber sagen: Das Gesetz findet im Landrechtssatz 976 a. die Gewißheit der Identität des Testaments nur in der Versiegelung des geheimen letzten Willens durch den Staatsschreiber, welche er so vorgenommen hat, daß die Urkunde nicht aus ihrem Umschlag genommen werden kann. Es verlangt also überall und unter allen Umständen die Einschlagung des Testaments in einen Umschlag, und dessen nachmalige Versiegelung durch den Staatsschreiber. Uebergiebt demnach der Testator sein in sich selbst eingeschlagenes Testament verschlossen und versiegelt, so muß es der Staatsschreiber doch noch in einen Umschlag legen und darein versiegeln. Man ist sonach im Zweifel, ob die im Landrechtssatz 976 a. vorgeschriebene Versiegelung durch den Staatsschreiber in dem Fall wegfällt, wo die letzte Willensurkunde in sich selbst eingeschlagen und versiegelt ist, oder ob in Aufrechthaltung des Landrechtssatzes 976 a. das Recht des Testators wegfällt, eine Willensurkunde in sich selbst einzuschlagen und zu versiegeln. Eine Vereinbarung beider Vorschriften dadurch, daß man das in sich selbst eingeschlagene und schon vom Testator gesiegelte Testament auch noch durch den Staatsschreiber versiegeln läßt, wäre keine Vereinbarung beider Vorschriften, weil die Vorschrift des Landrechtssatzes 976 a. unzweifelhaft auf die Versiegelung eines Umschlags geht und hier eben kein Umschlag vorhanden ist.

Dieser Zweifel rührt freilich von Brauer her, welcher nach seiner Erläuterung der Sätze 976. 976 a. der Meinung ist, daß der hierin erwähnte Umschlag eben die Außenseite für die Aufschriftsurkunde ist, und daß es einerlei seie, ob dieses die Rückseite der Willensurkunde oder ein besonderes Umschlagsblatt ist. Allein dieses ist schon sprachlich ein Irrthum, und kann bei der unzweifelhaften deutlichen Entgegensetzung beider Dinge nach Landrechtssatz 976 in keinem Fall behauptet werden. Ueberhaupt ist Brauer in seiner Erläuterung der Landrechtssätze 976. 976 a. äußerst vorsichtig zu benutzen, denn so lehrt er z. B. in No. 7, daß der Staatsschreiber die Niederschreibung der Aufschriftsurkunde nicht mit eigener Hand zu besorgen habe, weil ihm das Gesetz nur die Fertigung auftrage, obschon schwer einzusehen ist, wie ein Mensch eine schriftliche Urkunde fertigen kann, ohne sie zu schreiben. Der Landrechtssatz 979 läßt darüber keinen Zweifel, daß der Staatsschreiber die Aufschriftsurkunde schreiben muß.

Ein ähnlicher Zweifel entsteht in dem Fall, wo der Testator sein in sich selbst eingeschlossenes Testament dem Staatsschreiber zur Verschließung und Versiegelung übergiebt. Denn verschließt und versiegelt er das Testament in sich selbst, so versiegelt er es nicht nach der im Landrechtssatz 976 a. vorgeschriebenen, einen Umschlag verlangenden Förmlichkeit, verletzt also diese Förmlichkeit, obschon es unzweifelhaft ist, daß das in sich verschlossene und versiegelte Testament mit der Aufschriftsurkunde auf der Außenseite die größte Sicherheit seiner Identität darbietet, weil es von der auf dem nämlichen Bogen befindlichen Aufschriftsurkunde nicht getrennt werden kann,

Digitized by Google

und daher bei weitem weniger einer Veränderung ausgesetzt ist, als das in 100 Umschlägen befindliche, überall vom Staatsschreiber versiegelte Testament auf einem eigenen besondern Bogen. Nimmt aber der Staatsschreiber das in sich eingeschlagene Testament und macht darüber einen besondern Umschlag, ohne es zu bemerken, oder ohne es als eine Anordnung des Testators zu bemerken, so kann man sagen, man wisse nicht, woher der Umschlag komme, und kann darin eine Nichtigkeit finden. Angenommen, die Aufschriftsurkunde lautet: der Testator übergiebt einen in sich zusammengelegten Bogen Papier mit der Erklärung, daß darin sein letzter Willen enthalten sei, und mit dem Ansuchen, es so zu verschließen und zu versiegeln. Man hat hierauf dieses Testament in einen Umschlag gelegt und es versiegelt. Hier kann man nun sagen: die Anordnung des Testators bezieht sich auf die Verschließung und Versiegelung des übergebenen Testaments selbst. Das Testament ist aber nicht in sich selbst versiegelt, sondern in einem Umschlag. Dieses ist die Versiegelung des Landrechtssatzes 976 a. Die Verschließung und die Versiegelung des Landrechtssatzes 976 fehlt aber. Also ist es nichtig. Bezieht man aber die Verschließung und die Versiegelung des Umschlags auf die Anordnung des Testators, so hat man die Verschließung und Versiegelung des Landrechtssatzes 976 a. nicht vorgenommen, und das Testament ist deshalb nichtig.

Ueber das Verhältniß der Verschließung und Versiegelung des Testaments nach Landrechtssatz 976 auf Anordnung des Testators und der Versiegelung desselben durch den Staatsschreiber nach Landrechtssatz 976 a. besteht aber überhaupt eine große Ungewißheit.

Geht man von dem Zweck des Landrechtssatzes 976 a. aus, so wollte er eine doppelte Versiegelung des geheimen Testaments einführen. Die auf Anordnung des Testators geschehene Versiegelung muß nun in der Aufschriftsurkunde erwähnt sein, weil der Staatsschreiber darüber die Urkunde fertigen muß, und dieses darüber auch die auf Anordnung des Testators geschehene Versiegelung enthält. Muß aber auch in der Aufschriftsurkunde die Versiegelung des Staatsschreibers nach Landrechtssatzes 976 a. erwähnt sein? Nach Landrechtssatz 976 war die besondere Versiegelung durch den Staatsschreiber nicht nöthig. Also bezieht sich das in ihm enthaltene Wort: er fertigt darüber die Urkunde, auch nicht auf die Versiegelung durch den Staatsschreiber nach Landrechtssatz 976 a. Der Landrechtssatz 976 a. enthält aber die Erwähnung der Versiegelung durch den Staatsschreiber nicht als eine Vorschrift, so daß man also annehmen kann, es sei diese Erwähnung nicht nöthig. Wie soll aber der Beweis geliefert werden, daß nicht nur die Versiegelung auf Anordnung des Testators nach Landrechtssatz 976, sondern auch die Versiegelung durch den Staatsschreiber nach Landrechtssatz 976 a. geschehen ist. Daß der Staatsschreiber bei seiner Versiegelung nach Landrechtssatz 976 a. ein Staatsschreibereisiegel gebraucht haben muß, ist nirgends vorgeschrieben. Oder daß bei der geforderten doppelten Versiegelung zweierlei Siegel gebraucht werden müssen, ist ebenfalls nicht vorgeschrieben, und daß der Staatsschreiber nicht die im Landrechtssatz 976 vorgeschriebene, auf Anordnung des Testators geschehende Versiegelung vornehmen darf, ist ebenfalls nicht angeordnet. Wenn nun das Testament allein mit dem Amtsreviſoratssiegel an zwei oder drei Stellen versehen ist, so ist nicht ersichtlich, ob dasselbe zweimal, d. h. von verschiedenen Personen, versiegelt wurde. Und wenn auch verschiedene Siegel vorhanden sind, so weiß man doch nicht, wer diese Siegel gebraucht hat. Das sicherste für die Vollständigkeit der doppelten Versiegelung und für den es erweisenden Inhalt der Aufschriftsurkunde wäre zwar, daß man diese so verfaßt: man hat hierauf das Uebergebene durch den X. an einem Ende versiegeln lassen und es am andern Ende mit dem Amtsreviſoratsiegel versehen. Damit benöthigt man aber die Verschließung und Versiegelnng durch zwei verschiedene Personen, und wenn man eine Unterschiebung befürchtet, so ist es sehr die Frage, ob man diese durch zwei Personen eher unmöglich macht, wovon eine kein Staatsschreiber ist, als wenn man das Testament nur durch den Staatsschreiber schließen und versiegeln läßt. Brauer spricht zwar in seinen Erläuterungen des Landrechtssatzes 976. 976 a. No. 4 von einer Versiegelung durch zwei verschiedene Siegel. Allein damit werden alle Staatsbürger, welche kein eigenes Pettschaft besitzen oder keines leihen, von der Errichtung der geheimen Testamente ausgeschlossen, und um diesen Ausschluß gerecht zu machen, müßte man aus der Staatskasse vorerst allen Bürgern ein Pettschaft anschaffen.

Man ist gegenwärtig darin so ziemlich einverstanden,

Digitized by Google

daß dies im Landrechtssatz 976 erwähnte Verschließen und versiegeln lassen auf Anordnung des Testirers geschehen und als dergestalt geschehen in der Aufschriftsurkunde aufgenommen werden muß. Die dem Staatsschreiber im Landrechtssatz 976 a. auferlegte Versiegelung geht dagegen von ihm selbstständig und ohne Geheiß des Testators aus. Da man aber darüber keine bestimmte Vorschrift hat, ob die Versiegelung durch den Staatsschreiber nach Landrechtssatz 976 a. ebenfalls in der Aufschriftsurkunde erwähnt sein muß oder nicht, so fällt zumal dann die Versiegelung des Landrechtssatzes 976 und 976 a. in eine zusammen, wenn auch der Staatsschreiber die Versiegelung nach Landrechtssatz 976 vornimmt, wovon er wenigstens nicht ausgeschlossen ist. Wenn nun der Testator sein Testament zur Versiegelung übergeben hat, und die Aufschriftsurkunde auch enthält, daß man es versiegelt hat, so können die Einen das Testament als nichtig erklären, weil die vorgenommene Versiegelung sich auf die im Landrechtssatz 976 erwähnte, auf Anordnung des Testators geschehende Versiegelung bezieht, und die andere nach Landrechtssatz 976 a. mangelt, während die Andern die geschehene Versiegelung auf die nach Landrechtssatz 976 a. beziehen, und dagegen die nach Landrechtssatz 976 geschehende nicht finden. Dieses wird insbesondere dann eintreten, wenn nur einerlei Siegel gebraucht sind, obschon der Gebrauch zweierlei Siegel nicht vorgeschrieben ist, und eben so wenig gesagt ist, daß zwei verschiedene Personen gesiegelt haben müssen.

So wie man den Landrechtssatz 976 a. dahin auslegt, daß dadurch eine besondere noch weiters zu beobachtende Förmlichkeit der geheimen Testamente vorgeschrieben worden ist, so gerathet man, wie gezeigt, alsbald in eine Menge von Zweifeln und Ungewißheiten. Indem der Landrechtssatz 976 a. von einer Versiegelung auf die Art spricht, daß das Testament nicht aus seinem Umschlag genommen werden kann, so setzt er zur Beobachtung seiner Förmlichkeit einen besondern Umschlag voraus. Der Landrechtssatz 976 setzt aber das in sich selbst eingeschlagene und schon versiegelte Testament, oder das in sich eingeschlagene und so zur Versiegelung übergebene Testament dem in einem besondern Umschlag befindlichen, schon darin versiegelten oder darin zur Versiegelung übergebenen Testament entgegen, und so weiß man nicht, ob sich die Förmlichkeit des Landrechtssatzes 976 a. nur auf die in einem besondern Umschlag schon befindlichen gesiegelten oder zur Versiegelung übergebenen Testamente bezieht, und ob sie also bei den in sich selbst eingeschlagenen Testamenten wegfällt, oder ob sie überall beobachtet und ob also der Staatsschreiber überall einen Umschlag erst machen, oder den etwa schon gemachten Umschlag jedenfalls besiegeln muß. Ueber die Art und Weise der Vornahme der Förmlichkeit des Landrechtssatzes 976 a. ist aber nichts vorgeschrieben, als daß sie so geschehen soll, daß das Testament nicht aus seinem Umschlag genommen werden kann, und daß sie vom Staatsschreiber geschehen soll. Abgesehen nun davon, daß eine Versiegelung dergestalt, daß das Testament nicht aus seinem Umschlag genommen werden kann, eigentlich gar keine in bestimmte, äußerlich erkennbare Thatsachen eingegränzte Förmlichkeit, sondern eine höchst unbestimmte Sache der Kunst und der Handfertigkeit im Versiegeln und den dazu gebraucht werdenden Dingen ist, so weiß man nicht, ob diese Versiegelung mit einem besondern Staatsschreibereisiegel vorzunehmen und als so vorgenommen besonders in der Aufschriftsurkunde zu erwähnen ist. Ihren Unterschied gegen die im Landrechtssatz 976 vorgeschriebene Versiegelung kennt man eben so wenig. Man weiß nicht, ob diese Versiegelung von einer andern Person als dem Staatsschreiber und mit einem andern Siegel und was für einem vorgenommen werden muß, und als so besonders vorgenommen auch ausdrücklich näher in der Aufschriftsurkunde beschrieben werden muß. Und bei dieser überaus großen Ungewißheit kommt man am Ende aller Enden zu dem Ergebniß, daß es mit sehr sonderbaren Dingen zugehen müßte, daß ein nach Landrechtssatz 976. 976 a. errichtetes geheimes Testament nicht angefochten und nicht als nichtig umgeworfen werden kann.

Daß dieses höchst beklagenswerthe Ergebniß nicht aus der Luft gegriffen ist, ergiebt sich am besten aus der bekannten Erscheinung, daß wohl noch alle angefochtenen geheimen Testamente für nichtig erklärt wurden, und geht insbesondere aus dem letzten darüber ergangenen und in den Annalen 1838. No. 14. und den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern 1838/39. S. 499. enthaltenen Rechtsfall zur Genüge hervor.

In diesem Rechtsfall übergab der Testator einen schon geschlossenen und versiegelten Brief, der wahrscheinlich, denn darüber wurde nichts besonderes erhoben, in sich selbst eingeschlagen, das Testament enthielt. Der Staatsschreiber machte darüber einen besondern Umschlag und versiegelte diesen alsbald, jedoch nicht mit dem Staatsschreibereisiegel,

Digitized by Google

ſondern mit dem Siegel des Teſtators, und ſpäter noch mit dem Amtsreviſoratsſiegel. Das Hofgericht erklärte nun das Teſtament für nichtig, weil die vom Staatsſchreiber auf dem weitern Umſchlag vorgenommene Verſiegelung nicht auf Anordnung des Teſtators geſchehen ſei, alſo die Verſiegelung des Landrechtsſatzes 976 nicht darſtellen könne, und weil dieſe weitere Verſiegelung nicht die des Landrechtsſatzes 976 a. vorſtelle, indem ſie nicht mit dem Staatsſchreibereiſiegel geſchehen ſei. Das Oberhofgericht nahm den erſten Nichtigkeitsgrund der Nichtbeobachtung der Verſiegelung nach Landrechtsſatz 976 an, nnd führte als zweiten Nichtigkeitsgrund noch den an, daß die ſpäter vorgenommene Verſiegelung des Teſtaments mit dem Amtsreviſoratsſiegel nichtig ſei, weil dabei die unitas actus nicht beobachtet worden ſei.

Ich bin nicht geſonnen, die Richtigkeit dieſer Entſcheidung zu beſtreiten. Allein man hätte vielleicht mit eben ſo guten Gründen das Teſtament aufrecht erhalten können. Man hätte nämlich ſagen können: der Teſtator hat ſein Teſtament ſchon geſiegelt übergeben, und es kann daher von einer Verſiegelung nach Landrechtsſatz 976 keine Rede mehr ſein. Alsdann kann aber auch wegen einer Nichteinhaltung der Vorſchriften des Landrechtsſatzes 976 über die Verſiegelung das Teſtament nicht umgeſtoßen werden. Wenn nun der Staatsſchreiber das ſchon verſiegelte Teſtament in einen Umſchlag legt nnd dieſen wieder für ſich verſiegelte, ſo iſt dieſe Verſiegelung, eben weil ſie nicht auf Anordnung des Teſtators geſchah, nicht die Verſiegelung des Landrechtsſatzes 976, ſondern die vom Staatsſchreiber ſelbſtſtändig ausgehende Verſiegelung des Landrechtsſatzes 976 a., und da dieſe Verſiegelung auf einen Umſchlag geſchehen ſoll, ſo hat er gerade in Befolgung des Landrechtsſatzes 976 a. einen Umſchlag über das ihm übergebene, in ſich zuſammengeſchlagene, ſchon verſiegelte Teſtament gemacht und ihn machen müſſen. Gerade ſo hat hier das Teſtament die doppelte Verſiegelung erhalten, und das, was man allerdings mit Recht nicht als die formrichtige Verſiegelung des Landrechtsſatzes 976 anſah, war die eben deshalb formrichtige Verſiegelung nach Landrechtsſatz 976 a.

Man wird zwar ſagen, dieſe Verſiegelung des Umſchlags nach Landrechtsſatz 976 a. ſei nichtig, weil ſie nicht mit dem Staatsſchreibereiſiegel geſchehen ſei. Allein damit hat es eine eigene Bewandniß. Wenn man auch annehmen wollte, daß in der Beſiegelung des Teſtaments durch den Staatsſchreiber nach Landrechtsſatz 976 a. implicite die Beſtimmung liege, daß er ſich hierbei eines Dienſtſiegels bedienen müſſe, weil die Abhibirung eines Dienſtſiegels ein Adhärens der öffentlichen Beglaubignng ſei, ſo geht es an ſich weit, bei Teſtamenten nicht nur ausdrücklich vorgeſchriebene, ſondern auch implicite angeforderte Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit zu verlangen, und wenn man bedenkt, daß damals die Theilungskommiſſäre zwar Staatsſchreiber waren, alſo die geheimen Teſtamente aufnehmen konnten, daß ſie aber damals keine öffentlichen Dienſtſiegel beſaßen nnd ſolche nicht einmal beſitzen durften, ſo wird man es doch bezweifeln müſſen, daß die Beſiegelung des geheimen Teſtaments durch den Staatsſchreiber, d. h. durch einen Theilungskommiſſär mit dem Amtsreviſoratsſiegel, was er nicht beſitzen darf, eine bei Strafe der Nichtigkeit vorgeſchriebene Förmlichkeit iſt. Daß der manchmal vier Stunden vom Amtsreviſorat wohnende Theilungskommiſſär das Amtsreviſoratsſiegel vom Amtsreviſorat abholen könne, wird man wohl nicht zur Aufrechthaltung der Beſiegelung mit dem Amtsreviſoratsſiegel anführen wollen, denn unterdeſſen könnte der Teſtator ſterben, und wenn man doch darauf beſteht, ſo richtet man damit, daß man auf der einen Seite ein Amtsreviſoratsſiegel verlangt und auf der andern Seite einem Theilungskommiſſär zwar das Recht giebt, ein Teſtament auch in geheimer Form zu errichten, ihm aber die Führung eines eigenen Staatsſchreibereiſiegels verbietet, eine Falle des Geſetzes, was nie gut thut. Das Oberhofgericht hat deshalb auch in ſeiner Entſcheidung des angeführten Rechtsfalls nirgends über die Nothwendigkeit eines Staatsſchreibereiſiegels etwas geäußert. Und wenn es deshalb auch nichts Anderes geſagt hat, ſo muß man doch zum wenigſten daraus ſchließen, daß es ſich dieſe Frage als eine offene vorbehalten wollte, die es noch verneinend oder bejahend entſcheiden kann, und die alſo nach wie vor noch in Ungewißheit bleibt.

Sicherlich läßt ſich nach allem dieſem der Wunſch ausdrücken, daß der Landrechtsſatz 976 a. nicht zugeſetzt worden ſein möchte, und daß er, einmal zugeſetzt, entweder wieder aufgehoben oder doch wenigſtens näher und deutlicher beſtimmt werden möchte. So lange dieſes nicht geſchehen iſt, kann aber der Gerichtsgebrauch den vielen Unſicherheiten recht wohl vorbeugen, welche aus ihm ent-

Digitized by Google

springen. Man kann ihn als einen Rath an den Staatsschreiber ansehen, die gehörige und ausreichende Besiegelung im Auge zu behalten. Und wenn man sagen will, daß es nicht im Sinn einer gesetzlichen Vorschrift liegen könne, nur Rath zu ertheilen, so kann man ihm neben vollständiger Aufrechthaltung des Landrechtssatzes 976 nur den Inhalt ertheilen, daß er die im Landrechtssatz 976 enthaltene Vorschrift über die Versiegelung des unbesiegelt übergebenen Testaments in der Beziehung näher bestimmt, daß nach Landrechtssatz 976 auch ein Dritter diese Versiegelung vornehmen kann, während jetzt nach Landrechtssatz 976 a. es nur der Staatsschreiber ist, welcher diese Versiegelung vorzunehmen hat, und welcher als öffentlicher Diener also auch mehr Gewähr dafür ertheilt, daß mit dem unversiegelten Testament keine Vertauschung vorgegangen ist.

Für die erstere Auslegung spricht übrigens ein nicht wenig bemerkenswerther Umstand, der meines Wissens noch nirgends angeführt worden ist. Nach Landrechtssatz 979 kann auch ein Erblasser, der zwar nicht sprechen, wohl aber schreiben kann, ein geheimes Testament errichten. Für diesen Fall, der mit Recht mit einer weitern Förmlichkeit versehen worden ist, schreibt nun der Landrechtssatz 979 nur vor, daß außer der in ihm enthaltenen weitern Förmlichkeit im übrigen Alles das zu beobachten ist, was im Landrechtssatz 976 vorgeschrieben ist. Was im Landrechtssatz 976 a. vorgeschrieben ist, muß also hier nicht beobachtet werden, und während doch der Landrechtssatz 979 noch eine weitere Förmlichkeit verlangt und bedarf, und der Landrechtssatz 976 a. den Zweck haben soll, das gewöhnliche geheime Testament noch sicherer zu stellen, so fällt dieses ungeblich größere Sicherungsmittel des Landrechtssatzes 976 a. gerade in dem Fall des Landrechtssatzes 979 weg, wo man allerdings mehr Sicherheit verlangen kann. Als stellvertretend für die Sicherheit des Landrechtssatzes 976 a. kann aber die Sicherheit des Landrechtssatzes 979 nicht betrachtet werden, weil sie nur in einer Veränderung der Aufschrift, letztere aber in der Versiegelung besteht, sondern nur das kann behauptet werden, daß darnach eine weitere Unsicherheit aus dem Landrechtssatz 976 a. folgt, weil man nicht weiß, ob er auch im Fall des Landrechtssatzes 979 gilt oder nicht.

Aber auch für die letztere Auslegung des Landrechtssatzes 976 a. kann der Landrechtssatz 979 leichter angewendet werden, als für die Auslegung des Landrechtssatzes 976 a., daß damit eine ganz neue für sich bestehende Vorschrift eingeführt werden sollte. Wenn nämlich der Landrechtssatz 976 a. eine nur für sich bestehende, im Landrechtssatz 976 nicht erwähnte Förmlichkeit vorschreibt, so kann sie, als nicht im Landrechtssatz 979 erwähnt, nicht verlangt werden. Wenn sich aber der Landrechtssatz 976 a. auf die im Landrechtssatz 976 erwähnte Förmlichkeit der Versiegelung bezieht, und sie nur in der Person, welche sie vornimmt, näher bestimmt, so ist jetzt seine Vorschrift im Landrechtssatz 976 an für sich enthalten, darin aufgenommen, und das nach Landrechtssatz 979 vorgeschriebene Beobachten des Landrechtssatzes 976 bezieht sich sonach auch auf den Landrechtssatz 976 a. Etwas Gewisses weiß man aber darüber nicht. Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
für das
Großherzogthum Baden.
Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte
erläutert
von
Wilhelm Thilo,
großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.
Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 5. März 1842.

I.

Ist die Ueberlassung der Prozeßleitung an die Anwälte wünschenswerth und ausführbar?

Einleitung.

§. 1. Unsere Prozeßordnung hat unstreitig große Verbesserungen in dem Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bewirkt, gleichwohl läßt sie Manches zu wünschen übrig. Die Oeffentlichkeit, welche durch sie eingeführt wurde, existirt in erster Instanz nirgends, weil es an den nothwendigen lokalen und organischen Einrichtungen dazu fehlt. Das ganze Verfahren erster Instanz geht noch den alten Schlendrian fort. Es wird zu Protokoll diktirt — der Richter muß, wo keine Anwälte erscheinen, deren Stelle vertreten; die Rechtsausführungen werden nicht mündlich vorgetragen, sondern in die Partheischriften verwebt, die Akten erster Instanz schwellen unverhältnißmäßig an, die Prozesse dauern auffallend lang, kurz, man möchte glauben, die Prozeßordnung sei wie die Obergerichtsordnung gar nicht für die Untergerichte eingeführt worden. Diesen Mißständen kann durch Einführung von Collegialgerichten erster Instanz nur theilweise abgeholfen werden.

Der Organismus des Verfahrens leidet an einer Schwerfälligkeit, welche einestheils den Gerichten unnöthige Mühe macht, und kostbare Zeit raubt, anderntheils zur Verlängerung der Prozesse sehr viel beiträgt. Auf jede Klage muß das Gericht die nämliche Ladungsverfügung setzen. Bis dies geschehen, und die Verfügung insinuirt ist, gehen in der Regel 14 Tage, zuweilen auch längere Zeit verloren. Derselbe Zeitverlust wiederholt sich bei der Vernehmlassung, bei der Replik und Duplik, bei der Beweisantretung, Beweisvernehmlassung und bei den verschiedenen Zwischenverfügungen, dann in der zweiten und dritten Instanz in noch größerem Maße. Weniger ist dies der Fall, wo auf eine bestimmte Tagfahrt geladen wird, aber dieses Verfahren hat darum große Inkonvenienzen, weil der Richter beide Parthien vertreten muß, weil ihm sehr viele Zeit dadurch geraubt wird, und er daher verhältnißmäßig wenig Prozesse oder diese weniger gründlich entscheiden kann.

Den Obergerichten wird unstreitig viele Zeit durch die Prozeßleitung geraubt, noch mehr aber den Respicienten, welche zuvor die Akten gelesen haben müssen, um richtige Anträge stellen zu können. Unterlassen sie dies aber, wie vielleicht auch wohl vorkommen mag, so wird die Prozeßleitung nicht selten unrichtig. Wozu dies Alles?

Die Franzosen und die deutschen Länder des französischen Rechts kennen gar keine Prozeßleitung. Ihr Verfahren ist so leicht, so einfach, so angemessen, daß man sich in der That wundern muß, daß die Verfasser unserer Prozeßordnung dasselbe nicht auch für uns in Vorschlag gebracht haben.

§. 2. Unser Prozeßverfahren beruht auf dem Grundsatze, daß Niemand die gehörige Kenntniß habe, um zu wissen, was er thun müsse, wenn ihm eine Prozeßschrift zugestellt wird, daher das Gericht angewiesen ist, Jeden bei jeder einzelnen Prozeßhandlung darüber zu belehren.

Dieser Grundsatz steht in sonderbarem Kontrast mit der in allen andern Fällen geltenden Regel:

> Die Kenntniß des Gesetzes wird bei allen Personen vorausgesetzt. — Art. 1 b des Landrechts.

Wenn Eheleute versäumen, den Ehevertrag vor der Ehe in öffentlicher Form ausfertigen zu lassen, so hat ihr Ehevertrag keine Gültigkeit; ihre Vermögensverhältnisse werden nach der gesetzlichen Gemeinschaft beurtheilt. — Wer sich über ein Rechtsgeschäft im Betrag von mehr

Digitized by Google

als 75 fl. keine Urkunde verſchafft hat, wird mit keinem andern Beweismittel (als mit dem Eid) gehört. — Wer zollbare Waaren nicht deklarirt, wird unnachſichtlich als Defraudant behandelt, auch wenn er aus Unwiſſenheit gefehlt hat. — Dieſe und ähnliche Sätze greifen wohl eben ſo tief in das Leben ein, wie die Vorſchriften über das Prozeßverfahren.* Dieſe darf man ohne Gefahr ignoriren, jene nicht. Aber auch das Prozeßrecht muß man kennen, wenn man ſich nicht dem Nachtheil, der aus deſſen Unkenntniß entſteht, ausſetzen will. So muß man alle Einreden zuſammen vortragen; man muß den Urkundenbeweis durch Vorlage von Abſchriften antreten, man muß mit dem Reſtitutionsgeſuch die verſäumte Handlung nachholen u. ſ. w. Vorſchriften, deren Nichtbeobachtung eben ſo großen Nachtheil bringen kann, als die Verſäumung jeder andern Prozeßhandlung. Dieſe Nachtheile treten kraft Geſetzes ein, ohne vorgängige Androhung, andere nur nach geſchehener Androhung. Hierin liegt mehr Willkühr als Prinzip. Man wird zugeben müſſen, daß man ebenſowohl die Kenntniß des Prozeßverfahrens, wie des Civil- und Strafrechts vorauszuſetzen befugt iſt, um ſo mehr als Jeder durch die ihm behändigte Prozeßſchrift veranlaßt iſt, ſich, wo ihm die Kenntniß des Prozeßverfahrens abgeht, darnach zu erkundigen, während in den meiſten andern Fällen des Lebens eine ſolche Veranlaſſung zur Befragung rechtsverſtändiger Perſonen fehlt, und das Geſetz gleichwohl die Nachtheile eintreten läßt. Man muß ferner, um ſeine Rechte in einem Prozeß gehörig vertreten zu können, nicht blos wiſſen, innerhalb welcher Zeit man zu antworten hat; man muß auch wiſſen, wie man zu antworten hat. Man muß das Prozeß- und Civilrecht kennen, mit einem Wort, man muß Rechtsgelehrter ſein.

Von wem man ſchon ſo viel verlangt, bei dem darf man auch die Kenntniß der Friſten und Rechtsnachtheile, die deren Nichtbeobachtung nach ſich zieht, vorausſetzen, und dies iſt das Prinzip, von dem das hier vorzuſchlagende Verfahren ausgeht.

§. 3. Gegen dieſen Vorſchlag wird man vielleicht einwenden, daß die Parthien eben ſo wie in Frankreich gezwungen wären, gleich Anfangs Anwälte zuzuziehen, wodurch ihnen größere Laſten als bisher erwachſen würden. Es mag aber eine Vergleichung erlaubt ſein. Man wird allgemein zugeben, daß es weit beſſer iſt, den Arzt im Anfang einer Krankheit, als wenn dieſe ſchon zum vollen Ausbruch gekommen iſt, zu Rath zu ziehen. Gerade ſo hier. Ein Prozeß iſt eine Krankheit, man muß daher den Anwalt beim Beginn deſſelben, nicht erſt in der zweiten Inſtanz zuziehen, wo ſelten mehr zu helfen iſt. Uebrigens gebe ich zu, daß für geringere (Bagatell-) Sachen die Zuziehung des Advokaten zu koſtſpielig wäre. Man wird mir aber auch einräumen, daß unſer jetziges Verfahren für dieſe Sachen zu koſtſpielig, zu ſchwerfällig und zu langwierig iſt. Unſere Prozeßordnung wollte dadurch helfen, daß ſie in allen Sachen unter 100 fl. ſofortige Beweisantretung gebot. Aber man hat eingeſehen, daß hierdurch die Sache eher verſchlimmert worden iſt. Die Prozeßnovelle hat einigermaßen geholfen. Aber auch hier hätte man einen Schritt weiter gehen, und für dieſe Sachen im Ganzen ein einfacheres Verfahren, wie etwa vor den franzöſiſchen Friedensgerichten einführen ſollen. Man würde vielleicht gut daran thun, die Competenz unſerer Friedensrichter, der Bürgermeiſter, zu erweitern, und ihnen etwa alle Sachen bis zum Betrag von 100 fl. zu übertragen. Ich weiß, daß ſich viele Stimmen gegen einen ſolchen Vorſchlag erheben werden, aber der Vortheil einer ſchnellen und wohlfeilen Juſtiz in Sachen von geringerm Werthe wird häufig nicht hoch genug angeſchlagen. Es iſt eine ganz gewöhnliche Erfahrung, daß bei dieſen Sachen jetzt die Laſten eben ſo hoch, wenn nicht höher, als der Streitgegenſtand ſich belaufen, und die Entſcheidung zuweilen länger als ein Jahr hinausgezogen wird. Jetzt ſind alle Sachen unter 50 fl. nicht appellabel, während Sachen über 500 fl. drei Inſtanzen haben. Hierin liegt eine Ungleichheit, wenn nicht Ungerechtigkeit. Von dem Spruch der Bürgermeiſter könnte allgemeine Appellation ſtatt finden, wodurch alſo die neue Einrichtung einen Vorzug vor der älteren erhielte. Endlich würde man durch ein Geſetz über das Verfahren bei Friedensgerichten manchen bei unſern Bürgermeiſtern vielleicht eingeſchlichenen Mißbräuchen ſteuern können.

Wollte man aber die Prozeſſe nur durch rechtsgelehrte Richter entſcheiden laſſen, ſo könnte man auch unſere jetzigen Civilrichter erſter Inſtanz zu Friedensrichtern erklären, ihnen alle Sachen etwa bis 3 oder 500 fl. zuweiſen, und ein einfacheres Verfahren für ſie einführen; dagegen für alle Sachen, welche die angegebene Summe überſteigen, die Hofgerichte in erſter Inſtanz, das Oberhofgericht in letzter competent erklären. Man müßte dann noch für

Digitized by Google

ge einen Kreis ein Friedensgericht zweiter Instanz bestellen, wozu auch ein Senat bei jedem Hofgericht bestimmt werden könnte. Bei diesem Vorschlag hätten wir nur zwei Instanzen für alle Sachen, während wir jetzt in Civilsachen drei, in Strafsachen nur zwei Instanzen haben, was gewiß eine Abnormität genannt werden kann. Wenn für diese, die doch ungleich wichtiger sind, Ein Rechtszug genügt, warum nicht auch für jene? Durch diese Einrichtung erhalten wir in erster Instanz ein Collegialgericht, was von größerm Werthe ist, als eine dritte Instanz. Man wird fragen, ob die Hofgerichte der sehr vermehrten Arbeit gewachsen sein werden? Allerdings muß ihnen andererseits Erleichterung werden, und gerade dazu dient die Ueberlassung der Prozeß-Einleitung an die Anwälte. Wie dieses ausführbar, will ich darzustellen versuchen:

Erster Theil.

§. 3. Ich setze zunächst voraus, daß alle Klagen schriftlich angebracht werden müssen, wie ja auch §. 1104 der Prozeßordnung dies für Collegialgerichte vorschreibt. Der Inhalt der Klage richtet sich nach den Vorschriften der Prozeßordnung. §. 247—251 u. §. 1105—1108. Aber diese Klage wird nicht bei Gericht, sondern in zwei gleichlautenden oder, wo mehrere Personen verklagt werden, in mehreren (Prozeßordnung §. 356) Exemplaren dem Gerichtsboten übergeben. Dieser hat die Zustellung eines Exemplars an jeden Beklagten zu bewirken, unter Bemerkung des Tags und Orts der Zustellung und der Person, an die sie geschehen. Prozeßordnung §. 262—264. Ein anderes Exemplar mit der nämlichen Beurkundung stellt er dem Kläger zurück. Außerdem, daß diese Beurkundung viel sorgfältiger geschehen müßte, als es jetzt üblich ist, müßte dem Gerichtsboten auch zur Pflicht gemacht werden, die Exemplare der Klage und überhaupt aller Schriften genau zu vergleichen und ihre Uebereinstimmung zu bezeugen.

Das Gesetz bestimmt die Frist, Prozeßordnung §. 355, 674. No. 2, binnen deren der Beklagte die Vernehmlassung auf gleiche Weise dem Kläger zustellen läßt. Versäumt er diese, so reicht der Kläger die Klage mit einem schriftlichen Gesuch um Erlassung eines Versäumungserkenntnisses bei Gericht ein; ist dieses ein Collegialgericht, so setzt der Präsident die Sache für die nächste Gerichtssitzung durch Anschlag an die öffentliche Tafel aus. Das Verfahren ist dann dasselbe, wie jetzt bei den Hofgerichten, wenn diese in erster Instanz erkennen, d. h. der Kläger hat die Klage in der öffentlichen Sitzung zu begründen, und das Gericht erläßt das Versäumungserkenntniß, wenn es die Klage für begründet findet.

Bei unsern Aemtern müßte auf Vorlage der Klage und des Anrufens gerade wie jetzt das Versäumungserkenntniß erfolgen, wenn die Klage für begründet befunden wird.

Wird die Klage nicht für begründet befunden, so wird sie in der von der Prozeßordnung §. 357—360 bestimmten Form abgewiesen. Die Versäumungs- und alle andern Erkenntnisse werden von dem Gericht den erscheinenden Parthieen oder deren Anwälten zwar eröffnet (verkündet), aber nur auf Verlangen einer Parthie oder des Anwalts ausgefertigt. Dieser mag die Zustellung an den andern Theil durch den Gerichtsboten bewirken, und nur von dem Tage dieser Zustellung laufen die Fristen. Die vorgelegten Akten werden dem, der sie vorlegte, zurückgegeben. Die Gerichte bedürfen daher keiner Registraturen mehr. Aber die Urtheile nebst Entscheidungsgründen werden unter fortlaufenden Nummern in ein Buch eingetragen, und diesem ein Register zum Nachschlagen angehängt. Jeder Jahrgang bildet einen Band.

§. 4. Der Beklagte kann in den gesetzlichen Fristen Restitution nachsuchen, wenn er den Vortrag, mit dem er ausgeschlossen wurde, mit dem Gesuch verbindet. Prozeßordnung §. 658 u. f. Dieses Gesuch nebst der Vernehmlassung läßt er in gleicher Weise, wie oben angeführt, durch den Gerichtsboten innerhalb der Restitutionsfrist dem Kläger zustellen. Es ist hierbei nothwendig, daß die Gerichtsboten bei strengster Ahndung angewiesen seien, alle Zustellungen am nämlichen Tag zu bewirken. Die Parthien können auch Bescheinigung über die ihm übergebenen Schriften verlangen, um bei einer etwa von dem Gerichtsboten herrührenden Verspätung durch diese Bescheinigung die rechtzeitig bewirkte Behändigung beweisen zu können. Außerdem müßten die Gerichtsboten, wie schon jetzt, gehalten sein, ein von dem Präsidenten mit Handzug versehenes Buch zu führen, worein unter verschiedenen Columnen in ununterbrochener Folgereihe alle ihnen übergebenen Schriften nebst Datum der Uebergabe und der Zustellung einzutragen sind.

Nach unserm jetzigen Verfahren hat das Gericht jedesmal die Restitution förmlich zu erkennen. Das dürfte

Digitized by Google

aber unnöthig sein, da in den gewöhnlichen Fällen gar kein Zweifel an der Zulässigkeit derselben obwalten kann, und sie daher auch in der Regel von der Gegenparthie nicht bestritten wird. Man könnte daher bestimmen, daß, wofern der Kläger die Restitution bestreiten will, er binnen 8 Tagen, nachdem ihm das Restitutionsgesuch zugestellt wurde, seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Restitution dem Beklagten mittheilen muß. Dann mag dieser, um die Vollstreckung des Versäumungserkenntnisses zu verhüten, oder auch der Kläger, wenn er will, seine Akten dem Gerichte zur Entscheidung des Incidentpunktes über die Zulässigkeit der Restitution vorlegen, mit einer kurzen Bitte, die Sache als dringend auf die nächste Sitzung zu firiren. Der Präsident setzt dann die Sache durch Anschlag an der öffentlichen Gerichtstafel zur Verhandlung aus, wo alsdann dieser Incidentpunkt seine Erledigung findet. Bei unsern Einzelrichtern könnte ebenfalls mündliche Rechtsausführung oder, wie jetzt, ohne solche der Bescheid erfolgen. Das Urtheil wird, wie schon oben bemerkt, wohl eröffnet, aber die Ausfertigung geschieht nur auf Antrag der Parthien. So wäre das Verfahren, wo gegen die Restitution Einwendung gemacht wurde. Hat der Kläger keine Einwendung gemacht, so muß angenommen werden, er habe die Restitution zugelassen — er habe auf das Versäumungserkenntniß verzichtet. Wenn aber dies nicht förmlich ausgesprochen wird, so bedarf man einer Vorsorge für den Beklagten, damit nicht später, wenn etwa die Sache vergessen oder sonst abgethan ist, der Kläger plötzlich das Versäumungserkenntniß hervorhole und vollstrecken lasse. Nach dem code de procédure Art. 163 muß bei den Gerichtskanzleien aus diesem Grunde ein Register geführt werden, in welches die Oppositionen, d. i. die Einwendungen gegen ergangene Versäumungserkenntnisse, eingetragen werden. Man könnte eine ähnliche Einrichtung bei uns treffen, aber zur Vereinfachung dem Beklagten gestatten, auf Vorlage der Insinuationsbescheinigung über die an den Kläger bewirkte Zustellung des Restitutionsgesuchs durch den Sekretär des Gerichts eine Randbemerkung dem Erkenntniß beisetzen zu lassen, daß nämlich Restitution nachgesucht worden sei. Hierdurch wird der Beklagte auf immer gesichert — er kann sich nämlich jederzeit ein Zeugniß über diese Randbemerkung verschaffen. Dieses Zeugniß muß die Vollstreckung des Versäumungserkenntnisses hemmen. Denn ist Restitution gesucht worden, so hat entweder der Kläger diese zugelassen, dann ist jenes Erkenntniß beseitigt — oder er hat sich der Ristitution widersetzt, dann muß er eine Entscheidung des Gerichts über Verwerfung der Restitution beibringen können.

§. 5. Hat der Beklagte innerhalb der gesetzlichen Frist die Vernehmlassung dem Kläger zustellen lassen, oder Restitution gegen ein Versäumungserkenntniß nachgesucht, ohne daß der Kläger Einwendungen gemacht hätte, oder ist über diese Einwendungen entschieden und die Restitution zugelassen, so kann der Kläger, wo er es für nöthig findet, innerhalb 8 Tagen seine Replik dem Beklagten zustellen lassen, dem dann ebenfalls frei steht, innerhalb 8 Tagen darauf zu antworten. Damit ist jedenfalls das Verfahren geschlossen, und jeder Theil kann jetzt unter Vorlage seiner Akten die Firirung zur mündlichen Verhandlung beantragen. Findet aber der Kläger eine Replik nicht nothwendig, oder versäumt er die gesetzliche Frist, so kann ebenfalls jede Partei unter Vorlage der Akten die Firirung beantragen. Eben so soll 8 Tage nach Zustellung der Replik dieser Antrag geschehen können, auch wenn der Beklagte nicht geantwortet hat. Die Zustellung einer Replik, wo noch keine abgegeben war, kann übrigens noch so lange zugelassen werden, daß der Beklagte 8 Tage zur Abgabe der Duplik frei hat, vom Tag der mündlichen Verhandlung zurück gerechnet. Wird sie erst später, also im Lauf dieser 8 Tage, zugestellt, so kann der Beklagte gegen ihre Zulässigkeit Einwendung machen, und dies sogar noch bei der öffentlichen Verhandlung. In diesem Fall darf sie von dem Gericht nicht berücksichtigt werden — sie ist als nicht vorhanden zu betrachten. Macht aber der Beklagte keine Einwendung, oder antwortet er darauf, so wird er angesehen, als habe er auf die Einwendung verzichtet. — Wenn die Replik rechtzeitig zugestellt ist, aber innerhalb 8 Tagen keine Duplik erfolgt, und die Sache auf Antrag des Klägers zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt ist, so kann gleichwohl der Beklagte noch den letzten Tag vor der Verhandlung seine Duplik zustellen lassen.

Auf diese Art könnten jene wiederholten Ausschließungen und Wiederherstellungen, die nach unserer Prozeßordnung vorkommen, vermieden werden, ohne Benachtheiligung der Parthien. So hat ja auch unsere Prozeßordnung dem Appellaten das Recht der Anschließung

Digitized by Google

und das Recht zur Vorbringung neuer Thatsachen oder Aufstellung selbstständiger Beschwerden bis zur öffentlichen Verhandlung vorbehalten. Hat er es aber da nicht ausgeübt, so hat er sein Recht verloren, ohne daß ein Ausschluß erfolgt, oder eine Wiederherstellung zugelassen wird. Dasselbe kann füglich für die Replik und Duplik festgesetzt werden. In der Regel sind auch diese Schriften ganz überflüssig.

Der Prozeß wäre auf diese Art vollständig instruirt — ohne Dazwischenkunft des Richters. Jede Parthie, welche die Sache betreiben will, kann, wie oben bemerkt, die Aussetzung zur mündlichen Verhandlung bei dem Präsidenten veranlassen, indem sie zugleich die Akten dem Gericht übergiebt. Jede Parthie hat vollständige Akten, weil jede Schrift des Gegners ihr zugestellt werden muß und weil jede von ihr übergebene Schrift mit der Beurkundung des Gerichtsboten über die Uebereinstimmung der verschiedenen Exemplare ihr zurückgegeben wird. Das Gericht erhält daher immer zuverlässige Akten, auch wenn nur Eine Parthie ihre Akten übergiebt. Die andere Parthie kann aber — und wird auch gewöhnlich — ihre Akten dem Gericht ebenfalls übergeben. Das Gericht verfährt, wie jetzt schon üblich ist: die Sache wird in die Rolle eingetragen, mit einer Nummer versehen und vom Präsidenten fixirt, am bestimmten Tag, auch wenn nur Eine Parthie erscheint, plaidirt, und entschieden. Jede Partei kann dann ihre Akten wieder zurücknehmen, das Urtheil ausfertigen, und sofern sie ein Interesse dabei hat, dem andern Theil zustellen lassen. Von dem Tag der Zustellung laufen die Fristen.

§. 6. Es können während des Verfahrens verschiedene Incidentpunkte (Zwischenfälle, Nebensachen) vorkommen, die der Entscheidung bedürfen. Bei diesen kann gleiches Verfahren wie bei den Restitutionsgesuchen stattfinden. Die häufigsten Fälle dieser Art bieten die Fristgesuche. Das französische Recht kennt diese gar nicht, und gleichwohl zeigt die Erfahrung, daß die Parthien dabei nicht verlieren, aber an Zeit gewinnen. Freilich haben die Franzosen auch nicht den strengen Grundsatz unserer Prozeßordnung, daß alle Thatsachen schriftlich vorgetragen werden müssen. Bei dem oben vorgeschlagenen Verfahren werden ebenfalls keine Fristerstreckungen für die Replik und Duplik nöthig sein, weil die Fristen, wie sie hier vorgeschlagen sind, eigentlich nicht peremtorisch sind, sondern offen bleiben bis wenige Tage vor der zur Rechtsausführung anberaumten Sitzung. Dagegen kann die Frist für die Vernehmlassung erstreckt werden. Der Beklagte läßt zu diesem Behuf innerhalb der gesetzlichen Frist von 14 Tagen dem Kläger ein Fristgesuch zustellen. Dessen Zulässigkeit ist nach §. 232—235 der Prozeßordnung zu beurtheilen. Der Kläger mag die Zulässigkeit prüfen — hält er das Gesuch für unbegründet, so mag er innerhalb drei Tagen dem Beklagten seine Einwendungen zustellen, und wenn die gesetzliche Frist zur Vernehmlassung umlaufen ist, auf Versäumungserkenntniß antragen. Das Gericht deferirt dem Antrag, wenn das Fristgesuch unzulässig ist; andernfalls weist es den Kläger mit diesem Antrag ab. Wenn der Kläger binnen drei Tagen keine Einwendungen gegen das Fristgesuch dem Beklagten zustellen läßt, so wird angenommen, er habe die Frist bewilligt. Gerade so verfährt man bei dem zweiten und dritten Fristgesuch. Es könnte der Fall eintreten, daß der Kläger ein Versäumungserkenntniß erwirkte, indem er dem Gericht ein ihm zugestelltes Fristgesuch vorenthielte. In diesem Fall würde aber auf Vorlage der Bescheinigung durch den Beklagten nicht allein das Versäumungserkenntniß aufgehoben, sondeen es müßte auch den Kläger für den Mißbrauch eine Geld- oder Gefängnißstrafe treffen.

Jede Fristerstreckung umfaßt dieselbe Zeit, wie die ursprüngliche Frist, also für die Vernehmlassung je 14 Tage. Sie läuft jedesmal von dem Ablauf der vorigen. Durch diese Bestimmungen werden die richterlichen Bewilligungen der Fristen entbehrlich. — Andere Incidentpunkte können herrühren von dilatorischen Einreden. §. 296 u. f. der Prozeßordnung. In diesen Fällen ist das Verfahren dasselbe. Verweigert der Beklagte die Einlassung wegen einer dilatorischen Einrede, so muß der Kläger ermessen, ob er die Einrede begründet findet oder nicht — im letzten Fall läßt er dem Beklagten binnen 8 Tagen seine Einwendungen zustellen und bringt die Feage bei dem Gericht zur Entscheidung. Zuweilen werden bei diesem Zwischenverfahren Beweisführungen nothwendig, wie z.B. wenn zerstörliche Einreden als prozeßhindernd vorgetragen werden, Prozeßordnung §. 300, oder wenn der Rechtsübergang bestritten wird, Prozeßordnung §. 92. No. 3. Das Verfahren hierbei wird sich nach den unten aufzustellenden Regeln des Beweisverfahrens richten.

Digitized by Google

§. 7. Schon hier wird sich aber die Nothwendigkeit, für die Parthien am Sitz des Gerichts vertreten zu sein, zur Genüge ergeben haben. Der code de pr. fordert unbedingt, daß alle Parthien am Sitz des Gerichts Wohnsitz erwählen, und nimmt die Behausung des bestellten Sachwalters als den gewählten Wohnsitz an, Art. 61. 75. 155. 162. Unsere Prozeßordnung macht nur dem Ausländer zur Pflicht, einen Gewalthaber zu bestellen, §. 279. Es war meines Erachtens ein Fehler, daß man nicht allen am Ort des Gerichts nicht ansäßigen Personen dies zur Pflicht gemacht hat. Viele Weitläufigkeiten und Verzögerungen wären dadurch erspart worden. Man müßte daher festsetzen, daß der Kläger sowohl wie der Beklagte, wenn sie nicht am Ort des Gerichts wohnen, daselbst einen Gewalthaber aufstellen müssen. Würde man aber wie in Frankreich auch in erster Instanz nicht die Parteien persönlich, sondern nur Anwälte zulassen, so könnte man gleichfalls die Bestimmung treffen, daß der bestellte Anwalt auch als Gewalthaber gelte, insofern nicht ein Anderer als solcher bestellt wurde.

Zweiter Theil.

§. 8. Ich kehre zur Fortsetzung des Verfahrens in erster Instanz zurück:

Ist das erlassene Erkenntniß kein Endurtheil, sondern ein Zwischenbescheid, so bestimmt es die Frist, innerhalb deren der Beweis angetreten werden soll, Prozeßordnung §. 393. Innerhalb dieser Frist läßt der Beweisführer die Beweisantretung dem Gegner zustellen. Innerhalb gleicher Frist von da an gerechnet mag dieser auf gleiche Weise den Gegenbeweis antreten, Prozeßordnung §. 399. Wird aber die Beweisantretung versäumt, so soll nach Prozeßordnung §. 415 nur der Ausschluß, aber kein Endurtheil erfolgen. Erst nach Umlauf der Restitutionsfrist soll das Urtheil erlassen werden. Dieses kann in dem neuen Verfahren beibehalten werden — mit der Modification, daß nicht ein eigentlicher Ausschluß erfolgt, sondern nur ein Anrufen auf Ausschluß der Parthie selbst oder ihrem Gewalthaber zugestellt wird, welche Zustellung die Wirkung des Ausschlusses haben soll. Nach Umlauf der Restitutionsfrist, wenn keine Wiederherstellung nachgesucht worden, legt man die Akten bei Gericht vor, bittet um Fixirung bei dem Präsidenten und stellt den Antrag, auszusprechen, was nun Rechtens ist.

Sucht der Beweispflichtige Wiederherstellung, so kann der Gegner diese bewilligen oder Einwendungen dagegen machen; im letztern Fall entscheidet das Gericht, wie oben bei den Versäumungserkenntnissen erwähnt ist.

§. 9. Der Inhalt der Beweisantretung richtet sich nach der Prozeßordnung. Ist der Beweis durch Urkunden angetreten, so soll der Beweisführer die Originale zur nämlichen Zeit, da er die Beweisantretung dem Andern zustellen läßt, bei dem Sekretär des Gerichts gegen Bescheinigung hinterlegen. Thut er dies nicht, so werden die Urkunden nicht berücksichtigt. Der Produkt kann durch eine Bescheinigung des Sekretärs darthun, daß die Urkunden nicht vorgelegt wurden. Sind sie aber vorgelegt worden, so kann sie der Produkt einsehen, und giebt innerhalb der nämlichen Frist, welche das Beweiserkenntniß dem Beweispflichtigen gesetzt hat, seine Erklärung, ob er die Urkunden anerkenne oder nicht? Versäumt er diese Frist, so mag der Producent ihm ein Anrufen zustellen lassen unter Beifügung einer Abschrift der Bescheinigung über die geschehene Hinterlegung. Diese Zustellung gilt als Ausschluß — der Produkt mag dann die Wiederherstellungsfrist benutzen, wo nicht, so trägt der Producent auf Endurtheil an. Hat aber der Produkt eine Erklärung abgegeben, so kann er die Urkunden anerkannt haben oder nicht. Im ersten Fall kann jeder Theil, dem daran liegt, die Sache beim Präsidenten zur Fixirung betreiben. Die Nichtanerkennung aber hat keine Wirkung in Bezug auf öffentliche Urkunden, §. 438, wofern nicht der Beweis der Falschheit oder Verfälschung zugleich mit angetreten wird. In Bezug auf Privaturkunden hat die Nichtanerkennung die Wirkung, daß der Producent nunmehr sofort verpflichtet ist, den Beweis der Aechtheit anzutreten. Diese Antretung ist dem Produkten innerhalb derselben Frist, die das Beweiserkenntniß festgestellt hat, zu behändigen. Innerhalb drei Tagen nach der Behändigung ist der Präsident unter Vorlage der Antretung über die Aechtheit der Urkunde anzugehen, die Experten zu ernennen, insofern Schriftvergleichung vorgeschlagen ist, und die Parthien sich nicht etwa über die Personen verständigt haben. Der Präsident ernennt die Experten und ladet sie auf bestimmten Tag und Stunde vor sich selbst oder vor ein zu ernennendes Gerichtsmitglied. Die Ladungen werden dem Antragsteller behändigt, der für die Zustellung sorgen und dem Gegner

Digitized by Google

Nachricht geben muß. Diese Benachrichtigung muß drei Tage mindestens vor der Tagfahrt geschehen. Sonst ist sie ungültig, wenn der Produkt darauf anträgt. Die Kosten der hierdurch vereitelten Tagfahet trägt der Producent, ohne Ersatz verlangen zu können, wenn er nicht etwa seine Schuldlosigkeit nachweist. Der ernannte Commissär setzt dann eine neue Tagfahrt fest. Die Ladung geschieht, wie vorhin erwähnt. Jede Parthie kann die ernannten Experten ablehnen, wie Prozeßordnung §. 543, in welchem Fall das Gericht über diesen Incidentpunkt zu entscheiden hat.

Die zur Schriftvergleichung erforderlichen Urkunden hat der Producent beizuschaffen, entweder indem er sie selbst in der Tagfahrt producirt, oder bei dem Präsidenten darauf anträgt, daß die Behörde, welche in deren Besitz ist, zu deren Uebersendung an das Gericht requirirt werde. Dieser Antrag muß mit dem obigen auf Ernennung der Sachverständigen verbunden werden. Der Präsident verfügt die Requisition, wenn das Gesuch zulässig ist. Mangelt es an Urkunden, so kann nach §. 447 der Prozeßordnung verfahren werden. In der Tagfahrt geschieht die Schriftvergleichung in Gegenwart der Parteien — die Berathung der Experten und das Gutachten aber erfolgt, nachdem die Parthien abgetreten. Der committirte Richter nimmt über das Ganze ein Protokoll auf. Die Experten können sich auch Frist erbitten und ihr Gutachten schriftlich abgeben, §. 449. Alsdann kann jeder Theil die Sache zur Endverhandlung fixiren lassen.

Die französische Prozeßordnung droht in Art. 213 Demjenigen eine Strafe, der seine Unterschrift geleugnet hatte, insofern sie von den Sachverständigen für ächt erklärt wird. Außerdem hat dieser die Kosten der Registrirung der Urkunde zu tragen, die gar nicht unbedeutend sind. Bei uns ist gar kein Nachtheil angedroht, wodurch die Ableugnung der Handschriften sehr überhand nimmt. Wäre es nicht am Platze, hier auch eine Geldstrafe bis zu 500 fl. zu bestimmen?

Oben war von dem Beweise der Aechtheit durch Sachverständige die Rede. Dieser kann auch durch Zeugen oder durch Eid geführt werden. In diesen Fällen ist das Verfahren, wie weiter unten ausgeführt werden wird.

Die Urkunden, welche bei dem Sekretär hinterlegt wurden, werden, wenn sie anerkannt sind, zurückgegeben — andernfalls bleiben sie, bis über den Beweis der Aechtheit erkannt ist, deponirt.'

§. 10. Wird der Beweis durch Urkunden in fremden Besitz geführt, P.O. §. 419 u. f., so reicht, wenn diese Urkunden bei öffentlichen Behörden beruhen, ein Gesuch an den Präsidenten zur Requisition der Behörden hin. Der Präsident benachrichtigt den Antragsteller von der Antwort, worauf, wenn die Urkunden angelangt sind, derselbe dem Gegner die Abschrift der Urkunden binnen 8 Tagen mittheilen muß, widrigenfalls er als auf dies Beweismittel verzichtend angesehen wird. Der Gegner mag binnen der ihm zustehenden Frist die Urkunden einsehen und sich über dieselben erklären, widrigenfalls sie für anerkannt gelten, wie schon oben angeführt ist.

Ist der Gegner selbst im Besitz der Urkunden, so wird ihm vom Producenten ein Gesuch um Herausgabe nach Maßgabe der §§. 783 u. f. der Prozeßordnung zugestellt. Er kann diesem Gesuch nachgeben und die Urkunde dem Sekretär gegen Bescheinigung behändigen, unter gleichzeitiger Benachrichtigung an die andere Parthie. Oder er kann die Schuldigkeit zur Herausgabe widersprechen, und muß in diesem Fall binnen 8 Tagen seine Einwendungen dem Andern mittheilen, woeauf jeder Theil den Incidentpunkt bei Gericht zur Entscheidung bringen kann.

Sind dritte Personen im Besitz der Urkunden, so kann der Beweisführer dem Gegner eine Fristbitte nach §. 420 der Prozeßordnung unter Beilegung einer Abschrift seiner Klage auf Herausgabe zustellen lassen. Dieser kann die Frist stillschweigend gestatten oder Einwendungen machen, und die Frage bei Gericht zur Entscheidung bringen, wie oben bei den Fristgesuchen angeführt ist.

Soviel über den Urkundenbeweis.

§ 11. Der Zeugenbeweis wird nach den Vorschriften der Prozeßordnung §. 459 u. f. angetreten. Der Produkt läßt darauf seine Vernehmlassung zustellen. Hat er Einwendungen gegen die Zulässigkeit dieses Beweises oder der Personen der Zeugen oder gegen die Erheblichkeit der Beweisartikel gemacht, so mag jeder Theil die Entscheidung des Gerichts über die Beweiseinreden bewirken, Prozeßordnung §. 1132. Hat er keine Einreden vorgetragen, so tragt der Producent mittelst eines Gesuchs bei dem Präsidenten unter Vorlage der Beweisantretung und Vernehmlassung auf Abhör der Zeugen an. Der Präsident ladet die Zeugen auf bestimmten Tag und Stunde

Digitized by Google

vor sich oder vor ein Gerichtsmitglied, und überläßt die Zustellung dem Producenten. Dieser muß sie in der Art bewirken, daß jeder Zeuge, sowie der Gegner drei Tage vor dem zur Abhör bestimmten Tag Kenntniß davon hat. Ein Zeuge, der mehr als 10 Stunden entfernt wohnt, muß je Einen Tag früher für jede Entfernung von 5 Stunden geladen werden. Ist die Ladung nicht in dieser Weise bewirkt, so kann der Produkt wie jeder Zeuge Einwendungen machen, und mündlich oder schriftlich bei dem committirten Richter eine neue Tagfahrt auf Kosten des Producenten verlangen. Das Zeugenverhör bleibt bei dem Sekretär deponirt; doch hat der Beweisführer dem Gegner innerhalb 8 Tagen eine Abschrift zuzustellen, widrigenfalls er als auf dieses Beweismittel verzichtend angesehen wird. Diese Abschrift muß vom Sekretär beglaubigt sein. So wie das Endurtheil erlassen ist, händigt der Sekretär das Originalprotokoll dem Producenten ein. Im Uebrigen richtet sich das ganze Verfahren nach der Prozeßordnung §. 459—520.

§. 12. Wie der Beweis durch Sachverständige angetreten und weiter geführt wird, ergiebt sich aus dem Obigen zur Genüge. Nur wäre beizufügen, daß der Beweisführer die vom Sekretär beglaubigte Abschrift des Gutachtens der Sachverständigen innerhalb 8 Tagen dem Gegner zustellen muß, widrigenfalls er als verzichtend angesehen wird. Das Originalprotokoll wird nach dem Endurtheil dem Beweisführer zugestellt. Werden Sachverständige von Amtswegen beigezogen, Prozeßordnung §. 540, so kann jede Parthie sich Abschrift des Gutachtens nehmen. Das Gutachten bleibt dann bei Gericht deponirt.

§. 13. Ueber das Verfahren zur Erhebung des richterlichen Augenscheins wird keine Bemerkung nöthig sein. Ebenso wird sich das bei Zuschiebung von Haupteiden zu beobachtende Verfahren schon nach der Analogie des Vorhergehenden beurtheilen lassen. Nur die einzige Bemerkung möchte ich mir erlauben, daß, wenn es jetzt allgemein für nothwendig erachtet wird, Specialvollmachten den Eideszuschiebungen beizulegen, diese auch in allen andern, in §. 142 der Prozeßordnung aufgezählten Fällen namentlich bei Geständnissen gefordert werden könnten. Aber bei diesen werden sie nicht für nöthig gehalten. Man überläßt es vielmehr der Parthie, die Geständnisse des Bevollmächtigten zu widerrufen. Warum nicht auch bei Eideszuschiebungen? Diese sind gewöhnlich viel unvermeidlicher als Geständnisse. Denn was soll der Anwalt thun, wenn er kein anderes Beweismittel hat? Die Specialvollmachten erfordern aber häufig lange Zeit; sie müssen die weitläufige Form der Legalisationen durchmachen, wenn sie vom Gegner widersprochen werden. Daher sollte man Eideszuschiebungen wie Geständnisse ohne Specialvollmacht zulassen.

§. 14. Aus dem Obigen wird man die Möglichkeit der Ueberlassung der Prozeßleitung an die Anwälte, so wie die große Erleichterung, welche den Gerichten daraus erwächst, und die Zeitersparung für die Parthien ersehen haben. Noch viel wirksamer und vortheilhafter zeigt sich dieses Verfahren für die Appellationen und für die Vollstreckung, wie ich mir noch auszuführen vorbehalte.

Dr. Ladenburg.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
für das
Großherzogthum Baden.
Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte
erläutert
von
Wilhelm Thilo,
großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.
Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. | Nro. 11. | Karlsruhe den 12. März 1842.

I.

Ueber die Wirkung des in Prozeßordnung §. 1030 dem Vollstreckungsbeamten zur Pflicht gemachten Pfandbucheintrags eines Vollstreckungsbefehls auf Liegenschaften.

Bekanntlich war im Entwurf der Prozeßordnung der §. 1034 (jetzt 1030) in der Weise gefaßt, daß darin dem durch den Vollstreckungsbeamten von Amtswegen vorgenommenen Eintrag des Vollstreckungsbefehls ins Pfandbuch schlechthin die Kraft der Bewahrung des durch den Befehl erlangten richterlichen Pfandrechts beigelegt wurde.

In der Diskussion der zweiten Kammer wurde die Bestimmung, daß der Bürgermeister von Amtswegen im Interesse des Gläubigers, der den Vollstreckungsbefehl erwirkte, handeln solle, als nicht im Einklange mit der im Civilrecht festzuhaltenden Verhandlungsmaxime, beanstandet; es wurde aber dem entgegengehalten, daß die Vorschrift des §. nicht sowohl im Interesse des Gläubigers, als in jenem des öffentlichen Credits, behufs der Offenkundigkeit für spätere Gläubiger und zur Sicherung der Rechte Dessen, der das Gut in der Zwangsversteigerung erwirbt, gemacht sei; man vereinigte sich deshalb auf die diese Intension näher bezeichnende Fassung, welche der §. 1030 jetzt hat.

Man hat hieraus gefolgert, es sei der erklärte Wille des Gesetzgebers, daß die Inscription des §. 1030 keine Pfandrechtsbewahrung für den betreibenden Gläubiger wirken solle, und dabei noch die Bestimmungen des §. 837 und 1076 zu Hülfe genommen, welche dahin gehen, daß die Ganteröffnung alle speciellen Vollstreckungen sistirt, daß solche von da an nur zum Vortheil der Gantmasse fortgesetzt werden können, und daß der Gläubiger, welcher die specielle Vollstreckung erwirkt hatte, auf diese Thatsache eine vorzügliche Befriedigung in der Gant nicht begründen könne.

Aus diesen beiden nicht speciell über Vollstreckung auf Liegenschaften, sondern über Vollstreckung im Allgemeinen gegebenen Bestimmungen kann jedoch nur der allgemeine, mit unserem Landrecht vollkommen harmonirende Satz gefolgert werden, daß ein gerichtlicher „Zugriff, so weit er noch nicht realisirt ist, an und für sich keine Vorrechte in der Gant begründe."

Dieser Satz hat seine Gültigkeit, ob man der Inscription des §. 1030 eine das Pfandrecht bewahrende Kraft beilegt oder nicht, wie er sich denn auch im Entwurfe fand, ohnerachtet dieser die Kraft der Pfandrechtsbewahrung der Inscription des §. 1030 ausdrücklich beigelegt hatte.

Die Pfandrechtsbewahrung, wenn man solche annimmt, ist nicht eine Folge der Vollstreckung, sondern des vom Bürgermeister aus gesetzlichem Auftrag vorgenommenen Eintrags.

Aus den angeführten beiden §§. der Prozeßordnung kann also nur gefolgert werden, daß ein Zugriff an und für sich, d. h. der Zugriff auf die Person oder Fahrnisse schlechthin, der auf Liegenschaften aber, sofern er nicht von einer gültigen Inscription begleitet war, kein Vorrecht in der Gant begründe.

Ueber die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Inscription des §. 1030, für die Bewahrung des Pfandrechts etwas festzusetzen, konnte schon nach der Stellung jener beiden §§. die Absicht des Gesetzgebers nicht sein, und eben so wenig geben die Erklärungen der Abgeordneten und der Regierungscommissäre in der Debatte über den §. 1030, so wie dessen jetzige Fassung hinreichenden

Digitized by Google

Grund zur Annahme, daß über dieſe dem Civilrecht angehörende, dort hinlänglich entſchiedene Frage hier etwa weſentlich Abweichendes beſtimmt werden wollte.

Gerade in der letzten Beziehung mochte man es für ungeeignet halten, daß der §. 1034 im Regierungsentwurf eine ſolche Beſtimmung ausdrücklich gab, anſtatt daß er ſie als im Civilrecht ſchon gegeben vorausſetzen ſollte, und eben in dieſer Beziehung iſt die Faſſung, welche der §. in der Kammer erhielt, gewiß eine Verbeſſerung.

Wenn nun aber die jetzige Faſſung des §. 1030 feſtſetzt, daß der den Zugriff betreibende Gläubiger durch den Eintrag des Zugriffbefehls ins Pfandbuch das Recht erwerbe, ſpäter eingetragene Pfandgläubiger von der Theilnahme am Ergebniß der Liegenſchaftsverſteigerung auszuſchließen, ſo muß man wohl fragen, auf welcher civilrechtlichen Grundlage eine ſolche Beſtimmung beruhe, und die Frage kann nur mittelſt Statuirung eines bewahrten Pfandrechts gelöst werden; da der gemeinſame Schuldner auch nach dem Eintrag des Zugriffsbefehls noch Eigenthümer der Liegenſchaft bleibt, und es in der That eine auffallende Anomalie wäre, wenn der Geſetzgeber wirklich gemeint ſein ſollte, dem Gläubiger, welcher einen Vollſtreckungsbefehl auf Liegenſchaft erwirkt hat, ohnerachtet er ihm weder Eigenthums- noch Pfandrecht an dem Exekutionsgegenſtande beilegt, dennoch einen Vorrang vor demjenigen Gläubiger einzuräumen, welchem zufolge Landrechtsſatz 2148. No. 5. Abſ. 2 von dem Tage ſeiner Inſcription an ein Pfandrecht auf denſelben Gegenſtand gebührt.

Dieſe civilrechtliche Grundlage dem §. 1030 der Prozeßordnung durch die Annahme zu entziehen, daß die Inſcription, welche ſolcher vorſchreibt, ſchlechthin keine Pfandrechtsbewahrung wirke, geht um ſo weniger an, weil ein ordnungsmäßiger Vollſtreckungsbefehl alle weſentlichen Punkte, die im Landrechtsſatz 2148 zu Bewahrung des Pfandrechts erforderlich ſind, immer enthält.

Name und Wohnort des Gläubigers und Schuldners, Betrag der Schuldſumme muß ſtets darin enthalten ſein, und damit iſt dem Zwecke der Offenkundigkeit der Unterpfänder vollkommen genügt; es wird alſo in der Regel nach dem im Landrechtsſatz 6 k aufgeführten Grundſatze die bewahrende Wirkung einem ſolchen Eintrage nicht abgeſprochen werden können.

Scheinbarer iſt der Einwurf, daß nach Landrechtsſatz 2148 der Gläubiger ſelbſt oder deſſen Mandatar es ſein ſoll, welcher den Eintrag verlangt, der Eintrag des §. 1030 aber durch den Bürgermeiſter von Amtswegen vorgenommen werden.

Nachdem jedoch durch den §. 1030 der Prozeßordnung allen Staatsangehörigen hinlänglich bekannt geworden iſt, daß ein Zugriffsbefehl auf Liegenſchaften die geſetzliche Verpflichtung des Hypothekenbewahres zur Folge hat, ſofort alle zur Bewahrung ihres richterlichen Pfandrechts weſentlichen Punkte ins Pfandbuch einzutragen, ſo läßt ſich nicht behaupten, daß ſolcher Eintrag ohne ihr Begehren geſchehe, vielmehr liegt in dem Begehren eines Zugriffsbefehls auf Liegenſchaften immer auch das Begehren des damit nothwendig verbundenen Pfandbucheintrags, und nur der jedenfalls außerweſentliche Mangel läßt ſich behaupten, daß das Verlangen der Inſcription nicht unmittelbar bei dem Hypothekenbewahrer angebracht wird, ſondern dieſem erſt mittelbar durch den Vollſtreckungsbefehl zukömmt.

Ganz in derſelben Weiſe erwirkt der Gläubiger das richterliche Pfandrecht durch das Urtheil als deſſen geſetzliche Zubehörde, ohne darum noch beſonders zu bitten; es könnte aber hieraus nicht gefolgert werden, daß das Geſetz den Bürgern gegen alle civilrechtlichen Prinzipien das richterliche Pfandrecht aufnöthige, ſondern es iſt anzunehmen, daß jede Bitte um ein Urtheil zugleich auch die Bitte um ein richterliches Pfandrecht in ſich ſchließe.

Mit Unrecht würde man dieſer Auslegung entgegenhalten, daß durch die oben berührte Abänderung des §. 1034, wie er im Entwurf der Regierung ſtand, und durch die jetzige Faſſung des §. 1030 die Abſicht des Geſetzgebers ausgedrückt ſei, daß die Inſcription nicht im Intereſſe des die Verſteigerung betreibenden Gläubigers, ſondern im Intereſſe der ſich ſpäter Meldenden und des künftigen Steigerers gemacht ſei; denn wenn gleich in der jetzigen Faſſung des §. von der Bewahrung des richterlichen Pfandrechts des betreibenden Gläubigers nicht mehr die Rede iſt, ſo wird doch darin geſagt, daß der Eintrag geſchehe, um die Verſteigerungsverfügung für Gläubiger, die ſich ſpäter zur Inſcription melden, offenkundig zu machen; etwas Anderes als dieſe Offenkundigkeit für Dritte bezweckt aber das ganze Inſtitut der Hypothekeneinſchreibung nicht. Das Intereſſe des Gläubigers, wel-

Digitized by Google

cher ein Pfandrecht erworben hat, besonders wenn solches ein allgemeines Pfandrecht ist, fordert an und für sich nie die Eintragung in ein öffentliches Buch, sondern es ist zunächst nur das um des öffentlichen Credits willen zu schützende Interesse Dritter, weswegen das Gesetz dem Pfandgläubiger die Offenkundigmachung seines Rechts zur Pflicht macht, und so bekommt dieser erst mittelbar durch die Vorschrift des Eintrags ein Interesse daran, daß solcher wirklich geschehe.

Der öffentliche Credit, dessen Handhabung im Allgemeinen als Zweck jedes Creditgesetzes und somit auch des §. 1030 zu denken ist, und so immer als bloße Abstraction erscheint, ist, als wirklich konkretes Verhältniß aufgefaßt, nichts Anderes als das sich gegenübertretende und zugleich gemeinsame Interesse des einen Pfandgläubigers und dritter mit demselben Schuldner in Rechtsverhältnisse tretender Personen. Nur weil das Gesetz dem erstern ein auch gegen die letztern wirksames Recht ertheilt, haben diese ein Interesse an dessen Veröffentlichung, und nur weil das Gesetz die volle Wirksamkeit jenes Rechts von der Inscription abhängig macht, hat auch dieser ein Interesse am Eintrag.

Die Gemeinschaftlichkeit der Interessen liegt hier in der Natur des Pfandrechts, welches wesentlich dem Berechtigten nicht allein seinen Contrahenten, sondern auch möglicherweise jeden noch unbekannten Dritten als verpflichtete Personen gegenüberstellt.

Die Entgegengesetztheit der Interessen an der Inscription beruht darauf, daß nur das eine positiver, das andere aber negativer Natur ist.

Weil nämlich das Gesetz die volle Wirksamkeit des Pfandrechts an die Inscription knüpft, so hat eigentlich nur der Pfandgläubiger ein positives Interesse, welches nämlich danach geht, daß der Eintrag wirklich geschehe; die dem Pfandgläubiger gegenüberstehenden Dritten überhaupt aber, oder doch diejenigen unter ihnen, welche spätere mit allgemeinem Pfandrecht versehene Gläubiger des gemeinsamen Schuldners sind, haben nur ein negatives Interesse bei dem Eintrag des ältern Pfandrechts, sie müssen wünschen, daß solcher unterlassen, und damit ihr Verbindlichkeitsverhältniß gar nicht geknüpft werde.

Nur bei denjenigen Dritten, welche nach Entstehung des Pfandrechts eines Andern erst in Rechtsgeschäfte mit dessen Schuldner treten, kann man deren Interesse am Eintrag jenes Pfandrechts einen positiven Charakter beilegen.

Wie man dies aber auch ansehe, so viel ist aus dem kurz vorher Ausgeführten klar, daß das Interesse des Pfandgläubigers an der Offenkundigmachung seines Pfandrechts und das der Dritten hieran nur ein untrennbares Ganzes bildet, und daß eben deshalb der wirklich vollzogene Eintrag nicht in Bezug auf den einen Theilhaber dieser Gemeinschaft als vorhanden, in Bezug auf den andern als nicht vorhanden betrachtet werden kann.

Dieser aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit hervorgehende Grundsatz hat im Landrechtssatz 2108 seine ausdrückliche Sanktion erhalten, indem solcher festsetzt, daß die von dem Käufer einer Liegenschaft bewirkte Eintragung ins Grundbuch auch dem Verkäufer zu Bewahrung seines gesetzlichen Vorzugsrechts zu gut komme.

Der Käufer hat gar kein oder doch nur ein negatives Interesse daran, daß das Vorzugsrecht des Verkäufers ihm gegenüber bewahrt sei, dennoch soll, wenn und weil aus der von ihm bewirkten Offenkundigmachung des Kaufs auch die Offenkundigkeit des Vorzugsrechts sich ergiebt, diese als dem Zweck der Anordnung genügend, auch dem Verkäufer zu gut kommen.

Der Käufer, ohnerachtet er nur sein eigenes Interesse bei der Transcription im Auge hat, besorgt damit zugleich das Interesse des Verkäufers, und gerade so verhält es sich bei der Inscription des §. 1030, wo das Gesetz zwar nur in der erklärten Absicht, das Interesse der Dritten zu besorgen, anordnet, jedoch der Natur der Sache nach gar nicht hindern kann, daß der in Folge seiner Anordnung handelnde öffentliche Beamte zugleich das untrennbar daran geknüpfte Interesse des betreibenden Gläubigers besorge.

Daß der Gesetzgeber der durch §. 1030 verordneten Einschreibung des Zugriffsbefehls, ohnerachtet der geänderten Fassung des §., die bisher entwickelte civilrechtliche Natur beilegte, ergiebt sich auch noch daraus, daß ein Eintrag ins Pfandbuch dort vorgeschrieben ist, indem in solches Buch seiner Natur und Bestimmung nach nur Pfandrechte gehören.

Alles bisher Gesagte versteht sich jedoch nur von dem Fall, wenn der Vollstreckungsbefehl und dessen Eintrag den für die Entstehung und für die Bewahrung eines richterlichen Pfandrechts in den Landrechtssätzen 2123 und 2148 gegebenen wesentlichen Bestimmungen entspricht.

Digitized by Google

Da wo es an dem einen oder dem andern gebricht, besteht natürlich kein Pfandrecht und beziehungsweise keine Pfandrechtsbewahrung.

Für solchen Fall, so wie wenn man überhaupt dem Eintrag des §. 1030 die pfandrechtbewahrende Kraft abspricht, entsteht die Frage, welche Wirkung der Eintrag in Hinsicht auf später eingetragene Pfandrechte dann habe, wenn die Vollstreckung nicht zum ausschließlichen Vortheil des sie betreibenden Gläubigers, sondern zum Vortheil einer darüber ausbrechenden Gant realisirt wird? — Daß in diesem Falle der Gläubiger, welcher den Vollstreckungsbefehl erwirkt hat, auf diese Thatsache an und für sich kein Vorrecht in der Gant begründen kann, ist aus den eben schon berührten anderweiten Bestimmungen klar, aber welcher ist der Rechtsstand der nach dem Eintrag des Vollstreckungsbefehls in das Pfandbuch eingetragenen Pfandgläubiger in Bezug auf die von dem Vollstreckungsbefehl ergriffenen Liegenschaften?

In diesem Falle werden die späteren Gläubiger ihr Pfandrecht vom Tag der Inscription an auch auf die vom Zugriffsbefehl ergriffenen Liegenschaften in der Gant geltend machen können; denn der §. 1030 sagt nicht, daß solche dem Eintrag des Zugriffsbefehls nachfolgenden Einschreibungen schlechthin unwirksam seien; er spricht ihnen nur für den Fall, daß die Vollstreckung ohne Gant zur Vollendung kömmt, die Theilnahme an deren Ergebniß zum Vortheil des betreibenden Gläubigers ab, für den Fall aber, daß das besondere Vollstreckungsverfahren in eine Gant übergeht, ertheilt ihnen der §. 1076 unstreitig das Recht der Theilnahme an dem Erlös der durch den Vollstreckungsbefehl ergriffenen Liegenschaften; ob und welches Vorrecht sie aber daran haben, dies kann nicht aus dem §. 1030 oder 1076, welche darüber keine Bestimmung enthalten, sondern allein aus dem Civilrecht, wohin diese Frage gehört, entnommen werden. Da nun aber durch Landrechtssatz 2106, 2134 und 2148 am Ende der Grundsatz festgestellt ist, daß mit dem Tag der Eintragung ein gegen Dritte geltendes Pfandrecht auf alle im Besitz des Schuldners befindlichen, im Pfandschreibereibezirk gelegenen Güter erworben würde, und da die von dieser allgemeinen Regel abweichende Bestimmung des §. 1030 beschränkend ausgelegt werden muß, so erwirbt der später eingetragene Gläubiger durch seinen Eintrag auch auf die vom Vollstreckungsbefehl ergriffenen Liegenschaften ein Pfandrecht unter der Suspensivbedingung, daß der Vollstreckungsbefehl durch einen Gantausbruch sistirt wird; tritt diese Bedingung nachher ein, so ist es nach Landrechtssatz 1179 so anzusehen, als wenn der Eintrag unbedingt geschehen wäre.

Tr.

II.

Noch ein Beitrag über die Frage: Steht dem kirchenbaupflichtigen Zehntherrn eine Klage gegen die Kirchspielsgemeinden auf Leistung der derselben im §. 15 des Bauedikts auferlegten Hand- und Fuhrfrohnden zu?

Vergl. Annal. No. 18 des vor. J. und No. 1 dieses J.

Ich habe als das abweichende Votum in No. 18 der Annal. des vor. J. die voranstehende Frage verneint; in No. 1. dieses J. wurde eine weitere Entscheidung desselben Gerichtshofs (Freiburg) mit Gründen mitgetheilt, worin die Frage von der Majorität abermals bejaht wurde, und zugleich erfährt man aus der Redaktionsnote, daß auch das Oberhofgericht II. Sen. schon wiederholt eben so entschieden habe. Wirklich ist auch in dem Falle, der zunächst Anlaß zu der ersten Mittheilung (No. 18) gab, die Entscheidung in der Zwischenzeit von dem II. Sen. des obersten Gerichtshofs in demselben Sinne erfolgt. All dies mußte mir ein Mißtrauen in die Richtigkeit meiner Ansicht einflößen und mich zur nachmaligen genauen Prüfung der Frage mit den neu vorgebrachten Gründen veranlassen. Wenn mich nun die wiederholte Prüfung nur noch fester von der Unrichtigkeit der von mir bekämpften Ansicht überzeugt hat, so liegt gerade in der Vermehrung der Autoritäten zu Gunsten derselben eine besondere Aufforderung für mich, noch einmal gegen sie in die Schranken zu treten. Sind meine Gründe richtig, so darf ich hoffen, daß sie der auf sie gebauten Ansicht, der ihr zur Zeit entgegenstehenden Autoritäten ungeachtet, doch zuletzt den Sieg verschaffen werden.

Zuvörderst muß ich der Bemerkung in No. 1 der Annalen d. J. (S. 3), daß die erste Frage: ob die Kirchspielgemeinde, ohne daß ein Baufall vorliegt, schon auf Anerkennung ihrer Bauhülfe durch Leistung der fraglichen Bauarbeiten gerichtlich belangt werden könne, — in der dort mitgetheilten Entscheidung einstimmig bejaht worden

Digitized by Google

sei, die Erläuterung beifügen, daß dies allerdings insofern richtig ist, als es sich um die zunächst zur Entscheidung vorgelegene Frage handelte: ob — abgesehen davon, inwiefern a) überhaupt eine gerichtliche Klage auf die in §. 15 des Banedikts bestimmte Baupflicht der Kirchspielsgemeinde stattfinde, und inwiefern b) solche dem Zehntherrn zustehe, — die Klage auch ohne das Dasein eines Baufalls erhoben werden könne, und nicht vielmehr in so langer, als ein solcher Fall nicht vorliege, als zur Zeit unstatthaft erscheine. Daß ich die beiden andern Fragen (a und b) nicht bejahte, geht schon aus der Mittheilung in Nr. 18 hervor, welche noch meine Ansicht enthält.

Nach dieser Vorbemerkung theile ich vor Allem die berührte Entscheidung des Oberhofgerichts mit. Dieselbe stellt unter Aufhebung des hofgerichtlichen (den Zehntherrn abweisenden) Erkenntnisses den amtlichen Bescheid wieder her, der dahin lautet:

> daß die zum Kirchspiel ꝛc. gehörigen Gemeinden bei jeweiliger Reparatur oder Aufbauung des Chors und des Kirchthurms der dortigen Kirche ꝛc. zu unentgeltlicher Leistung der hierbei erforderlichen Hand- und Fuhrdienste verbunden seien und die Kosten des Streits zu tragen haben.

Entscheidungsgründe.

Der Großherzogliche Domänenfiskus ist als Rechtsnachfolger des Klosters Ettenheimmünster bisher unbestritten der alleinige Zehntherr auf der Gemarkung der das Kirchspiel Kippenheim bildenden Gemeinden Kippenheim und Kippenheimweiler gewesen, und hat, wie in der Klage behauptet wird, als solcher die Verbindlichkeit, den Chor und Kirchthum der paritätischen Kirche und das katholische Pfarrhaus in baulichem Stande zu erhalten und zu erbauen.

Er bestreitet dagegen die Verpflichtung, die bei diesen Baulichkeiten nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten selbst verrichten lassen zu müssen, während die Kirchspielsgemeinde die auf den Grund des §. 15 und 18 des Kirchenbauedikts vom 26. April 1808 angesonnene Verbindlichkeit hierzu ebenfalls in Abrede zieht, und auf den klagenden Fiskus wälzen will.

Auf den Grund dieser bei Ablösung des Kirchspielszehnten von der beklagten Kirchspielsgemeinde erfolgten Weigerung der Anerkennung der gedachten Verbindlichkeit ist die gegenwärtige Klage erhoben, welche auf die gesetzlichen Bestimmungen der erwähnten §§. 15 u. 18 gestützt wird, nach welchen in allen Fällen, auch wo das Kirchspiel nicht an der Ordnung zu bauen ist, die Hand- und Fuhrarbeiten unentgeldlich von ihm zu leisten sind, wenn nicht für einen bestimmten Ort nachgewiesen werden kann, daß dort die Zehntherrn oder die Kirchenkassen die Pflicht auf sich haben, diese Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen.

Was nun zunächst die Frage anlangt, ob dem klagenden Großherzoglichen Fiskus wegen dieser gesetzlichen Bestimmung überhaupt und ob ihm auch schon zur Zeit ohne das Dasein eines einzelnen Baufalles ein Klagrecht wegen Leistung der fraglichen Hand- und Fuhrarbeiten gegen die beklagte Kirchspielsgemeinde zustehe, so muß dieselbe in beider Beziehung bejaht werden.

Die dem klagenden Fiskus obliegende Baulast besteht nämlich zu Gunsten der Kirchspielsgemeinde, zu deren Nutzen die betreffenden Gebäude allein errichtet werden, und welche auch nach dem §. 14 des Kirchenbauedikts vom Jahre 1808, wo keine Kirchenkassen vorhanden sind und der Zehntherr baufrei erscheint, die ganze Baulast allein zu tragen hat.

Wenn nun über den Umfang der zu Gunsten der beklagten Kirchspielsgemeinde bestehenden Baupflicht Streit entstehet, indem letztere einen größeren Umfang von dem anerkanntermaßen Baupflichtigen in Anspruch nimmt, als dieser zugibt, so kann dieser Streit nur zwischen ihm und der Kirchspielsgemeinde ausgetragen werden, und es muß ihm daher ein Klagrecht auf Leistung jener Hand- und Fuhrarbeiten gegen die Kirchspielsgemeinde zustehen, was nach der aus den Grundsätzen über Dienstbarkeiten zu schöpfenden Analogie, welche hier allein maßgebend sein dürfte, keinem Zweifel unterliegen kann, da sowohl der Dienstbarkeitsberechtigte als der Pflichtige bei entstehendem Streite über die Dienstbarkeit, der erstere ein Klagrecht auf Zuerkennung, der letztere ein solches auf Befreiung von der Dienstbarkeit haben.

Im vorliegenden Falle ist aber auch dieses Klagrecht, abgesehen davon, ob man es sonst nur dann als zur Zeit begründet erachten will, wenn ein einzelner Baufall vorliegt, in welchem die fraglichen Hand- und Fuhrarbeiten geleistet werden sollen, — schon jetzt ohne einen solchen Fall gegründet, weil der Kirchspielszehnten, auf dem die

Digitized by Google

Baulaſt, wenigſtens ſoweit ſie die Kirche und das katholiſche Pfarrhaus betrifft, nach der eigenen Erklärung der beklagten Gemeinde in der Vernehmlaſſung auf die Klage haftet, zur Ablöſung gebracht werden ſoll, und hiernach in Gemäßheit des §. 67 des Zehntablöſungsgeſetzes vom 15. November 1833 auch der Kapitalanſchlag der darauf haftenden privatrechtlichen Laſten feſtgeſetzt werden mußte, was nicht geſchehen kann, wenn der Umfang der Laſt noch ſtreitig iſt.

Das Klagbegehren ſelbſt iſt durch das Geſetz begründet, und es kann ſich hiernach die beklagte Kirchſpielsgemeinde von der ihr geſetzlich obliegenden Verbindlichkeit nur dadurch befreien, daß ſie eine auf beſonderem Rechtstitel beruhende Verpflichtung des klagenden Fiskus zur Verrichtung der ſtreitigen Hand- und Fuhrarbeiten in eigenen Koſten nachweist. [Folgt nun die unſere Streitfrage nicht mehr berührende Ausführung, daß ſolche Titel, — Baufacta namentlich, — von der beklagten Kirchengemeinde zwar behauptet, aber doch nicht beſtimmt genug angegeben ſeien, um darauf eingehen zu können (§. 358. Pr. O.)].

Daß die Frage über denjenigen Theil der Kirchenbaulaſt, der in den Arbeiten beſteht, von welchen der §. 15 des Bauedikts ſpricht, bei Ablöſungen des Zehnten auch ohne das Daſein eines Baufalls zur richterlichen Entſcheidung gebracht werden dürfe, dies nehme ich zum vorhinein als einen durch den §. 73 des Zehntgeſetzes über allen Zweifel geſtellten Satz an; denn es iſt die deutlich ausgeſprochene Abſicht des Geſetzes, daß der Zehntherr ſein Ablöskapital nur nach Abzug der auf dem Zehnten haftenden Laſten erhalten ſoll. Wird alſo behauptet, daß die in Rede ſtehende Baulaſt aus irgend einem rechtlichen Titel auf dem Zehnten hafte, ſo muß bei dem Ablöſungsgeſchäft das Kapital auch für dieſe Laſt feſtgeſetzt und über die behauptete privatrechtliche Verbindlichkeit richterlich entſchieden werden; und inſofern kann man ſich auch mit der Redaktionsnote (im J. 1842. No. I.) einverſtanden erklären, daß jeder Theil durch eine Klage die Entſcheidung müſſe herbeiführen können. Daraus folgt aber noch keineswegs, — und dies iſt die eigentliche Frage, — daß die auf Verurtheilung der Kirchſpielsgemeinde zur Leiſtung gerichtete Klage (1841. No. 18) vom Zehntheern erhoben werden könne, mit andern Worten: daß der Zehntherr zu dieſer Klage legitimirt ſei, — was auch in der Redaktionsnote nicht behauptet wird.

Gerade darin iſt aber, wie mir ſcheint, die Entſtehung der falſchen Anſicht zu ſuchen, daß man von Seite der Gegner bei der aus dem Zehntgeſetz geſchöpften Nothwendigkeit des gerichtlichen Austrags des Streits über den Umfang der auf dem Zehnten haftenden Baulaſten nicht mehr genauer darnach fragte, durch was für eine Klage denn der Streit möglicherweiſe zur gerichtlichen Erledigung zu bringen ſei, und daß man ebendarum das Weſen der angeſtellten Klage, ihr Begehren, nicht genau auffaßte. Daß das Zehntgeſetz dieſe Frage dem Prozeß- und Civilrecht überlaſſen hat, ergiebt ſich einfach aus ſeinem gänzlichen Schweigen darüber; es konnte darüber bei den ausreichenden anderweitigen geſetzlichen Normen auch füglich ſchweigen.

Zu den erſten Grundſätzen des Prozeßrechts gehöet es nun a) daß nur bürgerliche Anſprüche vor den Gerichten ausgetragen werden können, und daß b) zu einer gerichtlichen Klage, wie zur Rechtsverfolgung überhaupt, ein Recht erfordeelich iſt. An dem einen und dem andern fehlt es aber der angeſtellten Klage. Der Beweis dieſer doppelten Behauptung dürfte nicht ſchwer ſein.

„Jeder" — ſagt Gönner in ſ. Handbuch des bürg. Proz. Bd. II. Tit. 26. §. 21. — „kann nur das in Anſpruch nehmen, was er zu dem Seinen zählt; nur ſein Recht verfolgt der Kläger, denn nur zum Schutze des Seinen kann der Bürger die richterliche Gewalt auffordern. Fürs Gemeinwohl, aus Gründen, wobei vom Rechte ganz abgeſehen wird, ſorgt die Polizeigewalt in Abwendung künftiger Uebel, und ſo lange nur von dieſem Standpunkte ausgegangen, ſo lange nicht auf die Rechte eines benachtheiligten Individuums Rückſicht genommen wird, ſo lange iſt die Sache nicht Juſtizſache. Nur über das Recht der ſtreitenden Theile zu urtheilen, kann Zweck der richterlichen Gewalt ſein, und nur Gründe, entnommen aus dem Rechte der ſtreitenden Theile, können ihren Ausſpruch beſtimmen." Mit dieſen Grundſätzen ſtimmen alle Prozeßrechtslehrer überein, und dies iſt auch die Lehre unſerer Prozeßordnung, §§. 15 und 88. Ob nun die Leiſtungen, worauf die Klage geht, nach dem angegebenen Geſichtspunkte dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehören, und ob inbeſondere der Zehntherr darauf ein Recht habe, dieſe Fragen müſſen aus dem Kirchenbauedikt beantwortet werden. Unverkennbar enthält das Bauedikt theils Beſtimmungen privatrechtlicher

Digitized by Google

Natur, wie z. B. jene über Bausakta, Anerkennungen ꝛc. (§§. 1. 2. 31); theils solche Anordnungen, die auf Rücksichten des öffentlichen Wohls beruhen. Unter letztere ist nun nach den vorangestellten Kriterien gewiß die Vorschrift zu zählen, daß, wenn kein anderer Baupflichtiger vorhanden ist, der sich zum Bauen versteht, die Kirchspielsgemeinde bauen muß. Von diesem in den §§. 4 und 14 des Edikts allgemein ausgesprochenen Satze ist der §. 15 nur eine Entwickelung. In dem Aufsatze in den Annal. vorig. J. No. 47. ist auch schon mit Recht die Bemerkung gemacht, daß das Edikt hier ganz nach denselben Rücksichten verfahren sei, wie in dem §. 4, und aus der Fassung dieses §., insbesondere dem Vorbehalt der Rechtsausführung gegen den, welchen die Kirchengemeinde als in früherer Ordnung baupflichtig darstellen zu können hofft, geht schon hervor, daß die Verbindlichkeit der Kirchengemeinde zum vorsorglichen Bau, im Gegensatze zu der vorbehaltenen Rechtsausführung, nicht Gegenstand einer rechtlichen Klage, sondern von der Verwaltungsbehörde zu verwirklichen sei. Nichts Anderes kann die Absicht dieser Anordnung sein, als daß der Gesetzgeber durch dieselbe dafür sorgen wollte, daß die Kirchenbauten ꝛc., welche zu den auch für das Staatsinteresse wichtigen religiösen Zwecken für nothwendig erkannt werden, niemals von dem Willen der zum Bau Verpflichteten und von langwierigen Rechtsstreiten über diese Verbindlichkeit abhängen sollen. Darum bestimmte er Jemanden, der die Baulast nicht mehr auf einen Andern überwälzen darf, sondern alsbald nach ausgesprochenem Bedürfniß selbst bauen muß und blos nach dem Bau von dem eigentlichen Verpflichteten Entschädigung zu verlangen befugt sein soll, und als jenen bezeichnet er die Kirchspielsgemeinde, da diese an den Bauten das allernächste Interesse hat. Das Dasein der öffentlich rechtlichen Natur dieser Anordnung scheint auch allgemein anerkannt zu sein, da man von nichts Anderem weiß, als daß die Administrativbehörden in den vorkommenden Fällen die §§. 4. 14 und 15 gegen die Kirchspielsgemeinden in Anwendung bringen, und eine gerichtliche Klage der Kirche (der eigentlichen Berechtigten) etwas ganz Unbekanntes ist. Die Vorschrift nimmt nach dem Baudikt die Natur eines gerichtlich verfolgbaren Rechts erst alsdann an, wenn die Kirchengemeinde geleistet hat und den Ersatz von dem eigentlichen Verpflichteten begehrt; es beruht dies im Allgemeinen auf dem Rechtsverhältniß der Geschäftsführung und auf der speziellen Bestimmung des Baudikts (§. 15 u. 4). Ob der eigentliche Verbindlichkeitsgrund des Zehntherrn ꝛc. auf Beetrag, Bausaktum oder was sonst beruhe, ist hier gleichgültig. Daß die Ablösung des Zehnten auf diese Frage der Kompetenz keinen Einfluß äußern könne, leuchtet von selbst ein; denn die Gründe des öffentlichen Wohls, welchen diese Anordnung entflossen ist, wirken in ihrer ganzen Kraft fort, und die Verwaltungsbehörden werden dieselbe zu verwirklichen haben, ob der Zehnten zur Ablösung komme, beziehungsweise gekommen sei, oder nicht. Die Zehntenablösung berührt diesen Theil des §. 15 gar nicht, sie berührt nur das darin gleichfalls erwähnte privatrechtliche Verhältniß, auf dessen Grund der Kirchengemeinde die „Rechtsausführung" gegen den Zehntherrn ꝛc. zukommt. Was ich in No. 18 nur kurz andeutete, glaube ich hiermit vollkommen nachgewiesen zu haben, daß nämlich die Verbindlichkeit der Kirchspielsgemeinde aus dem §. 15 des Baudikts nicht vor dem Civilrichter verfolgt werden könne. Eine gerichtliche Klage darauf wäre überflüssig, da die Verwaltungsbehörde bei jedem Bausall die Kirchengemeinde schon aus eigenem Antrieb und vermöge ihrer Amtspflicht, als die den Bau leitende Aufsichtsbehörde, zur Leistung der ihr obliegenden Arbeiten anhalten wird, und dazu des Richters nicht bedarf.

Sehen wir aber hiervon auch ganz weg, und nehmen wir an, daß die in §. 15 des Baudikts der Kirchspielsgemeinde auferlegte Last gerichtlich gegen dieselbe verfolgt werden könne, so stände die Klage darauf dennoch dem Zehntherrn nicht zu, weil er kein Recht, kein rechtliches Interesse hat, welches doch, wie schon oben gezeigt wurde, zu einer gerichtlichen Klage das erste Erforderniß ist. Dies ist, hat man einmal die Frage auf das Gebiet der gerichtlichen Prozedur versetzt, der eigentliche cardo rei; in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist er so gut als ganz übergangen.

Wenn darin gesagt ist: „Wenn über den Umfang der zu Gunsten der beklagten Kirchengemeinde bestehenden Baupflicht Streit entsteht, indem letztere einen größeren Umfang von dem anerkannt Baupflichtigen in Anspruch nimmt, als dieser zugiebt, so kann dieser Streit nur zwischen ihm und der Kirchspielsgemeinde ausgetragen werden, und es muß ihm daher ein Klagrecht auf Leistung

Digitized by Google

jener Hand- und Fuhrarbeiten gegen die Kirchspielsgemeinde zustehen," so enthält dieser Schluß einen Sprung. Wäre richtig, daß bei jedem derartigen Anspruch dem Angesprochenen eine Klage, wornach der Ansprechende das leisten soll, was er von jenem anspricht, zustehe, so würde man nach dem Recht des Klägers (Angesprochenen) zur Anstellung dieser Klage gar nicht mehr weiter zu fragen haben; ja ich gehe noch weiter und behaupte: wenn der Streit über eine rechtliche Verbindlichkeit zur Folge hätte, daß dem Pflichtigen ein Klagrecht zustehen muß, so müßte auch dem Schuldner aus einem Darleihen, so wie er seine Schuld bestreitet, ein Klagrecht zukommen, was doch Jedermann für unrichtig erkennen wird. Dieser Satz würde zur Umstoßung der ersten Prozeßgrundsätze führen.

Gegen die in den weitern Worten der Entscheidungsgründe behauptete analoge Anwendung der Grundsätze über Dienstbarkeiten ist an sich nichts zu erinnern. Nur scheint mir in der Ausführung eine Verwechslung der Lasten, eine unrichtige Anwendung des den Schluß der Construktion bildenden, an sich richtigen Grundsatzes zu liegen, daß der Berechtigte ein Klagrecht auf Zuerkennung, der Pflichtige ein solches auf Befreiung von der Dienstbarkeit haben müsse. In dem Eingang des Satzes wird die Kirchengemeinde (Ansprechende) als die Berechtigte, der Zehntherr (dieser ist hier der „anerkanntermaßen Baupflichtige") als der Pflichtige unterstellt. Hiernach wäre also das Recht zur Anerkennungsklage auf Seite der Kirchspielsgemeinde und nicht auf Seite des Zehntherrn, und dieser hätte daher folgerecht im gegebenen Falle mit der angestellten Klage zurückgewiesen werden sollen. So liegt die Sache auch wirklich; der Zehntherr wird nämlich für einen größern als den zugestandenen regelmäßigen Umfang seiner Zehntlast von der Kirchengemeinde, nämlich noch für die im Gesetze der letztern zugewiesenen Bauarbeiten, in Anspruch genommen.

Werden nun die Grundsätze von den Dienstbarkeiten angewendet, so steht fest, daß der die Last Bestreitende nur mit der Befreiungsklage, actio negatoria (utilis), gegen den Ansprechenden (die Kirchspielsgemeinde) auftreten kann, nicht aber, wie in No. 1 der Annalen auszuführen versucht wird, eine Anerkennungsklage, actio confessoria, hat. Das Recht, die Aufbürdung einer Last klagend abzuwehren, hat der in Anspruch Genommene vermöge seines Eigenthums und der für die Freiheit des letztern streitenden Vermuthung; weiter geht aber dieses Recht nicht; es geht nicht soweit, daß er, um mich eines trivialen Ausdrucks zu bedienen, den Stiel umkehren und die Verurtheilung des Ansprechenden zu der von ihm angesprochenen Leistung begehren kann †). Man wird daher nicht mit den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen sagen können, daß „das Klagbegehren durch das Gesetz begründet sei, sondern nur soviel ist richtig, daß die Schuldigkeit der Kirchspielsgemeinde diese Bauarbeiten zu leisten und selbst dann vorsorglich zu leisten, wenn ein Anderer eine rechtliche Verbindlichkeit dazu hat, solche aber bestreitet, durch das Gesetz (§. 15) begründet ist.

In No. 1 der Annalen wird zwar ausführlich zu zeigen gesucht, daß dem Zehntherrn theils ein abgeleitetes, theils ein selbstständiges Recht, die fraglichen Leistungen von der Kirchspielsgemeinde zu verlangen, zustehe. Die Behauptung eines solchen selbstständigen Rechts des Zehntherrn findet jedoch darin ihre vollständige Widerlegung, daß der §. 14 des Edikts ausdrücklich erklärt, daß die Kirche für den Nutzen der Kirchspielsgemeinde gebaut wird, wornach also auch der einzelne Theil der Baulast zum Nutzen derselben besteht. Ist aber diese Baulast in keiner Weise zum Nutzen des Zehntherrn bestimmt, so kann er darauf auch keinen Anspruch haben; für ihn erscheint sie lediglich von der Seite einer Last, und er ist nur insofern betheiligt bei derselben, als sie ihm zugewälzt werden will, was dann aber zu dem so eben verlassenen prozeßrechtlichen Gesichtspunkt führt. Der ganze Inhalt des Bauedikts ergiebt auch zur Evidenz, daß, die eigentlich gar nicht dahin gehörige Schlußbestimmung des §. 15 ausgenommen, dem Zehntherrn überhaupt dadurch kein Recht gegeben, sondern lediglich Lasten, zu deren Bestreitung nach dem kanonischen Rechte ursprünglich der Zehnten bestimmt war, zugewiesen werden sollen. Inhalt und Fassung des Edikts sprechen sich darüber, wie mir scheint, zu klar aus, als daß daran im Ernste gezweifelt werden könnte; man vergleiche nur beispielsweise die §§. 1. 2. 3. 7 und 8.

(Schluß folgt.)

---

†) Darnach wird anerkannt, daß der Zehntherr gegen die Kirchspielsgemeinde auf ein Erkenntniß dahin klagen kann: daß er nicht schuldig sei, die Hand- und Fuhrdienste zu leisten. Damit ist dann der Streit nicht mehr sehr praktisch; denn in allen erwähnten Fällen war von der dießfallsigen Pflichtigkeit eines Dritten keine Rede, es handelte sich immer nur um die Frage, ob der Zehntherr oder die Gemeinde pflichtig sei. Die Absicht des klagenden Zehntherrn ging überall nur dahin, daß er von der Leistung der Hand- und Fuhrdienste freigesprochen werde. Ist er frei, so kann ihm das Ablösungskapital dießfalls schon nicht mehr geschmälert werden, und es ist ihm einerlei, ob auch noch die Schuldigkeit der Gemeinde zur Leistung der Dienste ausgesprochen werde, oder nicht. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. | No. 12. | Karlsruhe den 19. März 1842.

I.

Noch ein Beitrag über die Frage: Steht dem kirchenbaupflichtigen Zehntherrn eine Klage gegen die Kirchspielsgemeinde auf Leistung der derselben im §. 15 des Bauedikts auferlegten Hand- und Fuhrfrohnden zu?

Vergl. Annal. No. 18 des vor. J. und No. 1 dieses J.

(Schluß.)

Wenn nun aus besondern Gründen das Gesetz einen Theil der Baulast einem Andern auflegt, wo soll der gleichfalls Baupflichtige und nur Pflichtige das Recht hernehmen, den andern Pflichtigen zu belangen? Wenn A und B an den C 100 fl. schulden, kann dann A den B belangen? Aus dem §. 3 kann zugleich die Ueberzeugung geschöpft werden, daß das Wort „Bauherr" im Sinne des Edikts nichts anders sagen will, als der Baupflichtige.

Bei dieser Bewandtniß wird es wohl überflüssig sein, zu zeigen, daß auch durch angebliche Zweckmäßigkeit die Allgemeinheit der Bestimmung des §. 15, oder damit, daß man die fraglichen Bauarbeiten unter den Gesichtspunkt einer Zugehörde eines liegenschaftlichen Rechtsverhältnisses zu bringen sucht, ein Recht des Zehntherrn nicht in das Gesetz hinein interpretirt noch ersetzt werden kann. — Eben so kann auch die Analogie einer Grundpflicht die Sache um nichts weiter bringen, so lange es an der Nachweisung eines Rechts auf Seite des Zehntherrn auf die Leistung der Arbeiten fehlt; der Landrechtssatz 710 g e. setzt nicht nur ein Recht voraus, sondern verlangt noch ausdrücklich den Ursprung aus bürgerlichen Rechtsverhältnissen. Aus gleichem Grunde dürfte auch die Vergleichung mit dem Nutznießer nichts entscheiden. Dieser hat gerade das, was zur Anstellung einer solchen Klage nöthig ist und dem Zehntherrn abgeht. Landrechtssätze 597 und 613. Thibaut, Syst. §. 625. Daß aber die Nothwendigkeit dieser Arbeiten, damit der Zehntherr seine (anerkannte) Baupflicht erfüllen könne, diesem das in Frage stehende Klagrecht nicht geben könne, glaube ich schon in der frühern Mittheilung gezeigt zu haben.*) Dieser Grund müßte, wäre er richtig, auch umgekehrt der Kirchspielsgemeinde das Recht geben, den Zehntherrn (außer dem Falle des Ersatzes bei vorschüßlich geschehenem Bau) auf Erfüllung seiner Baupflicht zu belangen, damit sie ihre Frohndarbeiten leisten könne; dies hat jedoch meines Wissens noch Niemand behauptet. Daß aber der Zehntherr im Namen der Kirche die fraglichen Leistungen von der Kirchspielsgemeinde zu verlangen berechtigt sei, ist mit keinem haltbaren Grunde dargethan; wie bereits oben gezeigt wurde, hat sie einen andern Vertreter.

Dagegen wird der Kirchspielsgemeinde die Anerkennungsklage gegen den, welchen sie für pflichtig hält, unbedenklich zuzugestehen sein. Sie erscheint als die Berechtigte und hat ein rechtliches Interesse daran, daß über diese Belastung des Zehnten vor der Ablösung entschieden werde, weil mit dem Verschwinden des Zehnten das Objekt zur Realisirung des Rechts in künftigen Baufällen seine Existenz verlöre. Hieraus ergiebt sich das allerdings überraschende Resultat, daß durch das mitgetheilte oberhofgerichtliche Urtheil eigentlich nichts, wenigstens nicht das, was man entscheiden wollte und was gerichtlich zu entscheiden war, entschieden ist, nichts nämlich, als was vermöge dem §. 15 des Bauedikts für sich klar war und

*) Statt der dort angeführten Landrechtssätze 1136 und 1141 sollen (außer den weiter allegirten Sätzen 1142 und 1181) die Sätze 1147 und 1148 daselbst stehen, was hiermit berichtigt wird.

Digitized by Google

bei einer Weigerung jedenfalls durch einen einfachen Administrativbeschluß eben so gut bestimmt worden wäre. Daß der Zehnten von der Last frei sei, welche nach der Behauptung der Kirchspielsgemeinde auf ihm ruhen soll, ist richterlich noch nicht ausgesprochen †). Wie wenn nun die verurtheilte Kirchspielsgemeinde mit der actio confessoria gegen den Zehntherrn aufträte, oder der Zehntherr zu seiner Sicherheit die actio negatoria gegen die Kirchspielsgemeinde erheben wollte? Würde die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten werden können?? —

Wollten die Betheiligten in künftigen Fällen nach diesen Gesichtspunkten verfahren, so würden nach meinem Dafürhalten die Entscheidungen sehr einfach sein. Zentner.

II.

Ueber den Gegenbeweis.

§. 1. Die Rechtslehrer des gemeinen Civilprozesses unterscheiden gewöhnlich zweierlei Arten des Gegenbeweises, nämlich einen direkten oder eigentlichen und einen indirekten oder uneigentlichen Gegenbeweis. Direkt oder eigentlich wird der Gegenbeweis genannt, wenn das Gegentheil dessen, was der Beweisführer zu erweisen sucht, dargethan werden soll. Indirekt oder uneigentlich nennt man aber den Gegenbeweis, wenn er eigene Thatumstände zum Gegenstande hat, wodurch die gegentheiligen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel entkräftet werden sollen, nämlich den Beweis der Einrede gegen die Klage, der Replik gegen die Einrede ꝛc. Dieser prozessualische Sprachgebrauch hat sich auch in unserer Obergerichtsordnung §. 80 bewährt. Gegen denselben haben aber schon ältere Prozeßlehrer geeifert, indem dadurch in Gegenstand und in Zweck so wesentlich verschiedene Dinge zusammen geworfen und mit einander vermischt werden. Gönner, Handbuch des Prozesses II. Bd. S. 336. 337. Die Obergerichtsordnung hat übrigens die oben angeführte gemeinrechtliche Terminologie nicht consequent durchgeführt, sondern versteht unter Gegenbeweis meistentheils nur den direkten oder eigentlichen Gegenbeweis, §. 79—83. 93. In dem französischen Recht scheint man gleichfalls unter Gegenbeweis (la preuve contraire) nur den direkten Gegenbeweis zu begreifen. Code civile Art. 325. Code de procédure Art. 256. Ebenso versteht unsere Prozeßordnung unter Gegenbeweis einzig und allein den direkten oder eigentlichen Gegenbeweis. Zwar kommt in dem Register zur Prozeßordnung sub voce Gegenbeweis der Ausdruck „direkter Gegenbeweis" vor. Allein das Register ist kein Gesetz und kein durch den Gesetzgeber sanktionirter Bestandtheil der Prozeßordnung, sondern nur eine zum bequemen Gebrauch dieses Gesetzes gefertigte Privatarbeit, auf welche kein Gewicht gelegt werden kann, zumal in diesem Falle, wo der Ausdruck direkter Gegenbeweis in dem Texte der Prozeßordnung nirgends vorkömmt, just nicht in §. 573, auf welchen das Register hin verwiesen hat. Die Prozeßordnung gebraucht nur das Wort „Gegenbeweis" schlechthin und versteht darunter einzig und allein den sogenannten direkten oder eigentlichen Gegenbeweis, und den sogenannten indirekten oder uneigentlichen Gegenbeweis nennt sie schlechthin Beweis, wie den Beweis der Klage, §§. 399. 415. 460. 484. 571. 573. 587. 638—641. 674. No. 3—5. 1131. 1133. Nach diesen Gesetzesstellen kennt also die Prozeßordnung keine andere Eintheilung des Beweises im Allgemeinen, als die in Beweis und Gegenbeweis. Unter Beweis versteht sie die Handlung, wodurch die Richtigkeit der Ansprüche sowohl als der Befreiungsgründe dargethan werden soll, das ist den Beweis der Klage, Einrede, Replik ꝛc. §§. 393 ff. 640. 641. 674. No. 3—5. Und unter Gegenbeweis begreift sie die Handlung, wodurch das Gegentheil des Beweises der Klage, Einrede, Replik ꝛc. hergestellt werden soll, §§. 638. 639. 674. No. 4. 786. No. 4 b. Es erscheint sohin die Behauptung in den Annalen IX. Jahrg. No. 10. als ungegründet, die Behauptung nämlich, daß unser Prozeßgesetz unter dem Worte Gegenbeweis sowohl den direkten als den indirekten Gegenbeweis versteht. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich insbesondere aus §. 674. No. 4, woselbst der Gegenbeweis dem Beweis der Einrede ausdrücklich entgegengesetzt ist, sodann aus §. 640. 641, in welchen Stellen, die von dem sogenannten indirekten Gegenbeweis sprechen, dieser Beweis nicht Gegenbeweis, sondern Beweis schlechthin genannt ist, endlich aus dem Umstande, daß in keiner Stelle der Prozeßordnung die Terminologie „direkter und indirekter Gegenbeweis" vorkömmt. Daß diese Ausführung nicht blos von theoretischem, sondern auch von praktischem Interesse ist, wird sich unten in §. 7 dieser Abhandlung zeigen. Ich will hier die Hauptsätze von dem direkten oder eigentlichen Gegenbeweis vortragen, den ich in dieser Abhandlung mit der Prozeßordnung stets Gegenbeweis schlechthin nennen werde.

†) Wenn die Gemeinde verurtheilt wurde, die Hand- und Fuhrdienste unentgeldlich zu leisten, so ist eben damit der Zehnten von der Last dieser Hand- und Fuhrdienste freigesprochen. D. Red.

Digitized by Google

§. 2. Nach der Anſicht der älteren Rechtslehrer konnte der Gegenbeweis nicht auferlegt, ſondern nur vorbehalten werden, und war der Gegenbeweis an einen gewiſſen Termin nicht gebunden, ſondern bis zum Aktenſchluß in dem Verfahren über den Hauptbeweis ſtatthaft. Danz, Grundſätze des Prozeſſes (§. 275). In neuerer Zeit wurde aber gelehrt, daß kein nach gemeinem Prozeß verfahrendes Gericht die Feſtſetzung einer gehörigen Beweisfriſt namentlich auch für die Gegenbeweisführung unterlaſſen ſollte. Martin, Lehrbuch des Prozeſſes §. 183 i. f. Dagegen war unter den Prozeßlehrern Streit über die Zeit der Beſtimmung der Gegenbeweisfriſt und über den Anfang des Laufes derſelben. Martin a. a. O. §. 183 y. Baier, Vorträge über Civilprozeß. S. 421. Unſere Obergerichtsordnung enthält über den Zeitpunkt der Feſtſetzung einer Gegenbeweisfriſt keine Norm, hat aber die gemeinrechtliche Streitfrage über den Anfang des Laufes derſelben in §. 81 dahin entſchieden, daß die Gegenbeweisfriſt von dem Tage an gerechnet werde, da die Beweisantretung des Beweisführers dem Gegentheile behändigt worden iſt, und ſolche jedesmal einen gleichen Zeitraum in ſich begreifen, wie der war, welcher zur Führung des Beweiſes vom Richter vergönnt wurde. — Dieſe Beſtimmung hat auch unſere Prozeßordnung in §. 399 adoptirt mit den Worten:

„Für die Antretung des Gegenbeweiſes ſteht der Gegenpartei kraft Geſetzes eine Friſt von gleicher Dauer zu, wie dem Beweisführer für Antretung des Beweiſes; ſie läuft ihr vom Tage der Einhändigung oder mündlichen Eröffnung der Beweisantretung.“

Die Prozeßordnung ſchweigt aber im §. 399 darüber, ob der Richter zur Gegenbeweisführung eine Friſt eigens feſtſetzen ſolle und bejahenden Falls, wann die Anordnung einer Gegenbeweisfriſt zu geſchehen habe?

In der Praxis wird bei uns allgemein in dem Beweiserkenntniſſe gar nichts über den Gegenbeweis beſtimmt und auch mit keiner beſondern Verfügung hierüber etwas feſtgeſetzt, ſondern höchſtens dem Beweiserkenntniſſe die Klauſel „Gegenbeweis vorbehaltlich“ angehängt. Ich habe mehrere obergerichtliche Verhandlungen vor mir liegen, in welchen der Gegenbeweis ſo abgefertigt wurde, ohne daß in dem Beweiserkenntniſſe oder in einer ſpätern Verfügung über die Gegenbeweisfriſt etwas mehr beſtimmt worden wäre. Dieſes allgemein übliche Verfahren halte ich nicht für das richtige. Schon nach der Lehre der neuern Prozeſſualiſten iſt die Anordnung einer Gegenbeweisfriſt nicht nur zweckmäßig, ſondern zur Abkürzung des Verfahrens ſelbſt nothwendig. Baier a. a. O. S. 421. Es möchte zwar ſcheinen, daß nach dem Wortlaute des §. 399 die richterliche Beſtimmung einer Friſt zur Gegenbeweisführung unter Androhung des Ausſchluſſes mit den innerhalb derſelben nicht vorgeſchlagenen Beweismitteln nicht erforderlich ſei, ſondern die Gegenbeweisfriſt ſchon kraft Geſetzes vom Tag der Einhändigung oder Eröffnung der Beweisantretung zu laufen anfange, ebenſo ohne weiteres Zuthun ſchon kraft Geſetzes ablaufe und durch den Ablauf die Gegenpartei eo ipso mit dem Gegenbeweis ausgeſchloſſen ſei. Vergl. §. 484. Mit dieſer dem Wortlaut des §. 399 und der Vorſchrift in Landrechtsſatz 6 h. entſprechenden Auslegung ſtünden aber mehrere Beſtimmungen im grellſten Widerſpruche. Denn die Folgen der Verſäumung treten nur bei Nothfriſten kraft Geſetzes ein, §. 656, ſonſt werden die Folgen der Verſäumniſſe blos auf Anrufen der Gegenpartei von dem Richter ausgeſprochen, nachdem ſie vorher von demſelben angedroht worden ſind, §. 653. 654. Die Gegenbeweisfriſt iſt nun keine Nothfriſt, da ſchon nach gemeinem Rechte die Beweisfriſt ſomit auch die Gegenbeweisfriſt kein fatale war. Baier a. a. O. S. 416—420. Daraus folgt, daß der Richter eine Gegenbeweisfriſt beſonders feſtzuſetzen und die Folgen der Verſäumung, nämlich den Ausſchluß mit dem Gegenbeweis, beſonders anzudrohen hat. Dieſes wird dadurch außer allen Zweifel geſetzt, daß nach der Beſtimmung in §. 587 auch bei der Gewiſſensvertretung für die Antretung des Gegenbeweiſes von dem Richter eine Friſt feſtgeſetzt werden muß, und daß zu Folge der Vorſchrift in §. 415 nur auf Anrufen der Gegenpartei der im Beweiserkenntniſſe angedrohte Rechtsnachtheil des Ausſchluſſes zu erkennen iſt, wenn die Gegenbeweisantretung verſäumt wird.

§. 3. Angenommen, daß der Richter zur Antretung des Gegenbeweiſes eine Friſt unter Androhung des Ausſchluſſes mit dem Gegenbeweis feſtzuſetzen habe, frägt es ſich weiter, wann die Gegenbeweisfriſt beſtimmt werden ſolle?

Nach der Anſicht einiger Prozeßlehrer ſoll die Gegenbeweisfriſt nicht in dem Beweiserkenntniſſe, ſondern zweckmäßiger erſt in der Verfügung vorgeſchrieben werden, welche die Beweisantretung der Gegenpartei mittheilt.

Digitized by Google

Baier a. a. O. S. 421. — Daß dieſe Meinung in unſere Proceßordnung übergegangen ſei, dafür ſcheint der Wortlaut des §. 399 zu ſprechen. Es läßt ſich aber dagegen einwenden, daß die Prozeßordnung überall nicht vorſchreibt, es ſolle in der Verfügung, wodurch die Beweisantretung der Gegenpartei mitgetheilt wird, auch über die Antretung des Gegenbeweiſes etwas ausgeſprochen werden, während ſie doch die Verfügung genau beſtimmt, welche auf jedes Beweismittel zu erlaſſen iſt. §. 407, 423, 460, 539, 580. Das Schweigen der Prozeßordnung in dieſen Stellen über die Antretung des Gegenbeweiſes iſt um ſo bemerkenswerther, als der Geſetzgeber namentlich bei dem Zeugenbeweis in §. 460 veranlaßt geweſen wäre, ſich beſtimmt hierüber auszuſprechen, wenn es in ſeinem Willen gelegen hätte, daß zugleich bei der Mittheilung der Beweisantretung auch der Gegenbeweis unter Androhung des Ausſchluſſes auferlegt werden ſolle. Aus dem §. 460 iſt vielmehr zu entnehmen, daß die Gegenbeweisfriſt ſchon beſtimmt ſein ſolle, ehe und bevor die Beweisantretung der Gegenpartei mitgetheilt wird, Vgl. §. 484. — Hiernach iſt ſo viel gewiß, daß die Gegenbeweisfriſt nicht erſt mit der Verfügung, wodurch die Beweisantretung der Gegenpartei mitgetheilt wird, beſtimmt werden muß. Bei ſo bewandten Umſtänden iſt zur Feſtſetzung der Gegenbeweisfriſt kein Zeitpunkt geeigneter als das Beweiserkenntniß und dies ſcheint auch der Wille der Prozeßordnung zu ſein. In §. 393 wird nämlich geſagt, daß in dem Beweiserkenntniſſe eine gemeinſchaftliche Friſt feſtzuſetzen iſt, innerhalb welcher alle Beweiſe von beiden Parteien — alſo auch die Gegenbeweiſe — bei Vermeidung des Ausſchluſſes mit den innerhalb dieſer Zeit nicht vorgeſchlagenen Beweismitteln angetreten werden müſſen und in §. 415 iſt beſtimmt, daß, wenn die Beweis und Gegenbeweis-Antretung verſäumt wird, man auf Anrufen der Gegenpartei den in dem Beweiserkenntniſſe angedrohten Rechtsnachtheil des Ausſchluſſes zu erkennen hat.

Daraus folgt doch unzweifelhaft, daß die Friſt zur Antretung des Gegenbeweiſes ſowohl als des Beweiſes unter Androhung des Ausſchluſſes in dem Beweiserkenntniſſe beſtimmt werden muß. — Ich höre den Einwand, daß der Gegenbeweis kein eigenes Thema habe, ſondern daſſelbe Thema nur negativ geſtellt wie der Beweis, daß daher in dem Beweiserkenntniſſe der Gegenbeweis nicht auferlegt werden könne. Ich höre den weitern Einwand, daß der Gegenbeweis unmittelbar gegen den Beweis gerichtet ſei, alſo auf Seite des Gegenbeweisführers die Kenntniß des Inhalts des Beweiſes ſowohl als der hiezu vorgeſchlagenen Beweismittel vorausſetze.

Hierauf erwidere ich, daß dies alles mit Feſtſetzung einer Gegenbeweisfriſt in dem Beweiserkenntniſſe ganz gut vereinbarlich iſt, wenn das Beweiserkenntniß gehörig gefaßt wird, wenn nämlich ein beſonderes Gegenbeweisthema nicht gegeben, ſondern ſolches mit dem Hauptbeweisthema verbunden und wenn der Anfang der Gegenbeweisfriſt erſt vom Tage der Zuſtellung oder Eröffnung der Beweisantretung beſtimmt wird, etwa wie in folgendem

Beweiserkenntniß.

„Innerhalb 14 Tagen ſind bei Vermeidung des Ausſchluſſes mit den innerhalb dieſer Zeit nicht beigebrachten Beweismitteln alle Beweiſe anzutreten:

1) Von dem Kläger darüber ꝛc. (die verſchiedenen zum Beweiſe auszuſetzenden Thatſachen kann hier jeder Leſer ſich dazu denken).

2) Von dem Bekl. darüber ꝛc. (wie oben ad 1).

Innerhalb gleicher Friſt, jedoch vom Tag der Zuſtellung oder Eröffnung der Beweisantretung laufend iſt bei Vermeidung des Ausſchluſſes der Gegenbeweis über obige Thatſachen anzutreten.

Worauf weiter ergehen wird was Rechtens iſt."

In einem alſo lautenden Beweiserkenntniſſe iſt zugleich eine Friſt zur Antretung des Beweiſes und Gegenbeweiſes feſtgeſetzt, es bedarf daher einer Beſtimmung über den Gegenbeweis mit der jedesmaligen Mittheilung der Beweisantretung nicht, auch iſt dafür geſorgt, daß die Gegenpartei zur Antretung des Gegenbeweiſes nicht eher verpflichtet iſt, als bis ſie Kenntniß des Beweiſes hat, indem der Anfang des Laufes der Gegenbeweisfriſt vom Tage der Zuſtellung oder Eröffnung der Beweisantretung beſtimmt wird. Auf ſolche Weiſe laſſen ſich die Beſtimmungen in §. 393, 399, 415 vereinigen und mit einander in Einklang bringen. Wenn aber auch in dem Beweiserkenntniß nicht ausdrücklich geſagt iſt, daß die Gegenbeweisfriſt erſt vom Tage der Zuſtellung oder Eröffnung der Beweisantretung zu laufen anfange, ſo ändert dies gleichwohl nichts an der Sache, weil dies ſchon durch

Digitized by Google

das Gesetz in §. 399 bestimmt ist, daher auch ohne besondern Ausspruch in dem Beweiserkenntnisse die Gegenbeweisfrist nicht eher zu laufen beginnt, als von dem Tag der Zustellung oder Eröffnung der Beweisantretung an.

Mit dem bisher Gesagten steht der §. 587 nicht im Widerspruche. Diese Bestimmung, wornach für die Antretung des Gegenbeweises gegen die zur Gewissensvertretung unternommene Beweisführung von dem Richter eine besondere Frist festgesetzt werden muß, findet nur bei der Gewissensvertretung Anwendung, wo der eigene Fall eintritt, daß die Gegenpartei durch die Gewissensvertretung freiwillig die Last des Beweises übernimmt, welche ihr eigentlich nicht obläge, daß demnach die Parteirollen ganz verwechselt werden, daher die allgemeine Regel über die Gegenbeweisfrist nicht mehr Platz greift, sondern in diesem Falle zur Antretung des Gegenbeweises eine besondere Frist festgesetzt werden muß. Inzwischen hat die Prozeßordnung durch den §. 587 offenbar nur die gemeinrechtliche Streitfrage entscheiden wollen, ob gegen die zur Gewissensvertretung unternommene Beweisführung der Gegenbeweis zulässig sei? Danz a. a. O. §. 380. Martin a. a. O. §. 228 d.

§. 4. Mit der Gegenbeweisfrist sind mehrere Folgen und Wirkungen verbunden, woraus sich gleichfalls die Nothwendigkeit ergibt, daß eine Gegenbeweisfrist festgesetzt werden muß. Denn innerhalb der Gegenbeweisfrist sollen die etwaigen Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, gegen die Person der Zeugen oder gegen die Beweisartikel vorgetragen, auch die Fragstücke vorgelegt werden §. 460. Sodann gilt, wenn der Gegner sich nicht auf die Beweisantretung erkläet, der Zeuge für gemeinschaftlich nach Ablauf der Gegenbeweisfrist §. 484.

Wie verhält es sich aber, wenn weder in dem Beweiserkenntnisse noch in einer anderen Verfügung über die Gegenbeweisfrist etwas bestimmt wuede? Ist alsdann der Gegenbeweis zulässig und wie lange findet derselbe statt?

Die Prozeßlehrer haben sich hierüber dahin ausgesprochen, daß der Gegenbeweis ein nothwendiges Vertheidigungsmittel sei, welches den Parteien nicht entzogen werden könne sondeen zugelassen werden müsse, wenn auch der Gegenbeweis nicht ausdrücklich vorbehalten worden sei und daß, wenn der Richter für den Gegenbeweis keine Frist angesetzt oder die Beweisfrist auf den Gegenbeweis nicht ausgedehnt habe, der Gegenbeweis bis zum Actenschluß in dem Verfahren über den Hauptbeweis zulässig sei. Danz a. a. O. §. 251, 255. Gönner a. a. O. II Band S. 338. Baier a. a. O. S. 422. Diese in der Natur der Sache liegenden Grundsätze gelten auch in unserm Prozeßverfahren, namentlich spricht dafür der §. 399 in den Worten:

„Für die Antretung des Gegenbeweises steht der Gegenpartei kraft Gesetzes eine Frist von gleicher Dauer zu wie dem Beweisführer für Antretung des Beweises."

Es scheint, daß diese Gesetzesstelle hiemit lediglich nur obige gemeinrechtliche Grundsätze bestätigen wollte. So läßt sich wenigstens der Ausdruck kraft Gesetzes erklären, wenn nicht die Bestimmung in Art. 256 des Code de procédure mit den Worten „la preuve contraire sera *de droit*" zur Fassung des §. 399 Veranlassung gegeben hat.

Zwar ist in §. 399 gesagt, daß dem Gegenbeweisführer nur eine Frist von gleicher Dauer wie dem Beweisführer zustehe, und daraus könnte geschlossen werden, daß, wenn keine Gegenbeweisfrist festgesetzt ist, der Gegenbeweis bis zum Actenschluß nicht zugelassen werden darf, sondern innerhalb der Zeit, welche dem Beweisführer zur Antretung des Beweises festgesetzt wurde, anzutreten sei. Allein wie schon oben dargethan, so läuft die Gegenbeweisfrist nicht eo ipso ab, und kann der Ausschluß nur auf vorgängiges Androhen ausgesprochen werden, daher ungeachtet der Bestimmung in §. 399 der Gegenbeweis bis zum Actenschluß zugelassen werden muß, wenn keine Gegenbeweisfrist festgesetzt und der Rechtsnachtheil des Ausschlusses nicht angedroht wurde.

Von den allgemeinen Grundsätzen über den Ablauf und die Dauer der Gegenbeweisfrist hat man in dem gemeinen Prozeß (ebenso auch in §. 83 der Obergerichtsordnung) die Ausnahme gemacht, daß bei dem Zeugenbeweis ein auch durch Zeugen zu führender Gegenbeweis vor Eröffnung des Zeugenrotels geführt werden müsse, weil eine Subornation der Zeugen zu besorgen wäre. Baier a. a. O. S. 422, 436. Bei uns ist das Institut des Zeugenrotulus abgeschafft, da die Zeugen in Gegenwart der Parteien vernommen werden müssen, §. 476. Daraus könnte man die Folgerung ziehen, daß die oben angeführte Ausnahme bei uns nicht mehr statt finde. Allein in §. 462 ist festgesetzt, daß Einwendungen gegen

Digitized by Google

die Zulässigkeit oder gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen auch noch in den Verhandlungen über die Beweisausführung vorgetragen werden können, die durch Zeugen zu erweisenden allein ausgenommen, welche vor der Abhör vorgebracht werden müssen, indem später ein solcher Zeugenbeweis nur statt findet, wenn Gründe zur Wiederherstellung vorhanden sind.

Der Grund dieser Vorschrift liegt nicht, wie in Annal. VII. Jahrgang Nr. 25. S. 159 gesagt wird, in der Eventualmaxime, sondern ist augenfällig derselbe, welcher in dem gemeinen Rechte die Bestimmung gegeben, daß bei dem Zeugenbeweis ein auch durch Zeugen zu führender Gegenbeweis vor Eröffnung des Zeugenrotulus geführt werden müsse. Dieser Grund ist nämlich die Besorgung einer Subornation der Zeugen. Deßhalb wird die Bestimmung des §. 462 analog dahin auszudehnen sein, daß nach unserer Prozeßordnung bei dem Zeugenbeweis auch überhaupt der durch Zeugen zu führende Gegenbeweis vor der Abhör der Zeugen angetreten werden muß, und später nicht mehr statt findet, außer wenn Gründe zur Wiederherstellung vorhanden sind.

§. 5. Das über die Festsetzung der Gegenbeweisfrist bisher Gesagte findet jedoch nur Anwendung auf das ordentliche Verfahren so wie auf den Gantprozeß alsdann, wenn noch ein Beweiserkenntniß erlassen werden muß §. 864. Für das abgekürzte Verfahren ist aber die Bestimmung getroffen, daß mit dem Vortrag der Klage sofort die Beweisantretung zu verbinden ist, daß ebenso der Beklagte mit der ersten Vernehmlassung auf die Klage zugleich den Beweis der Einreden und den Gegenbeweis anzutreten hat, und eben dasselbe von dem Vortrag und Beweis der Repliken, Dupliken u. s. w. gilt, §. 674. Es kömmt daher in dem summarischen Prozeß regelmäßig kein Beweiserkenntniß und keine richterliche Frist zur Antretung des Beweises und Gegenbeweises vor. Wird der Gegenbeweis nicht gleichzeitig mit dem Vortrag der Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. angetreten, so ist er nach der ausdrücklichen Entscheidung der Obergerichtsordnung in §. 80, 93 versäumt. Diese sehr zweckmäßige Vorschrift enthält aber unsere Prozeßordnung nicht, daher in der Praxis der Beweis der Klage, Einrede ꝛc.; folglich auch der Gegenbeweis unter analoger Anwendung des §. 344, 1115 zu jeder Zeit bis zur Urtheilsschöpfung zugelassen wird. Vergl. Annal. VII. Jahrgang S. 30 Note.

Anders gestaltet sich die Sache in den Fällen des §. 673. Nr. 2—6 seit dem Erscheinen der Prozeßnovelle von 1837, welche in Art. 7 festgesetzt, daß, wenn in diesen Fällen am Schlusse des Verfahrens der Beweis über erhebliche Thatsachen gar nicht oder nicht genügend angetreten ist, durch eine Verfügung die noch zu beweisenden Thatsachen mit Anordnung einer 14tägigen Frist zu bezeichnen sind und daß nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die desfallsigen Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden können, sondern der Richter sofort in der Sache selbst ohne Anrufen der Parteien und ohne vorgängiges Versäumungserkenntniß zu entscheiden hat. In dem gedachten Artikel 7 der Prozeßnovelle ist nun von dem Gegenbeweis nichts gesagt. Zufolge der Bestimmung in §. 399 muß aber angenommen werden, daß in den Fällen des §. 673, Nr. 2 bis 6, wenn eine richterliche Beweisauflage ergeht, der Gegenpartei zur Antretung des Gegenbeweises auch eine 14tägige Frist zusteht, welche gleichfalls vom Tage der Zustellung oder Eröffnung der Beweisantretung zu laufen anfängt. Da nach der oben gemachten Ausführung die Gegenbeweisfrist nicht kraft Gesetzes ohne weiteres Zuthun abläuft und da nach Artikel 7 der Prozeßnovelle kein Versäumungserkenntniß ergehen darf, so möchte es scheinen, daß der Gegenbeweis bis zum Actenschlusse statt findet. Allein nach Artikel 7 der Prozeßnovelle geht in den Fällen des §. 673, Nr. 2—6 die Beweisfrist selbst ohne Anrufen der Partei und ohne vorgängiges Versäumungserkenntniß zu Ende, so daß nach fruchtlosem Ablauf der 14tägigen Frist die desfallsigen Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden können. Daraus folgt, daß in den Fällen des §. 673 Nr. 2—6, wenn eine Beweisauflage ergeht, der Gegenbeweis nicht bis zum Actenschlusse sondern nur innerhalb der festgesetzten Beweisfrist zulässig ist, welche jedoch für den Gegenbeweis erst vom Tage der Zustellung oder Eröffnung der Beweisantretung zu laufen anfängt. Deßhalb wird es geeignet sein, wenn in diesen Fällen die Beweisauflage auf ähnliche Art gefaßt wird, wie das in §. 3 dieser Abhandlung beispielsweise angeführte Beweiserkenntniß, jedoch so, daß nicht der Ausschluß mit den nicht beigebrachten Beweismitteln sondern das Präjudiz angedroht wird, daß nach fruchtlosem Umfluß der Frist sofort ohne Anrufen der Partei nach Lage der Acten erkannt werde.

Digitized by Google

§. 6. Da mit Ausnahme des richterlichen Augenscheins die Kraft alles Beweises nur auf Rechtsvermuthungen beruht, nemlich überall das Gegentheil von dem, was bewiesen worden, noch möglich bleibt, so findet gegen jeden Beweis der Gegenbeweis statt, insofern nicht das Gesetz eine Ausnahme begründet. Baier a. a. O. S. 337. Denn wider eine gesetzliche Vermuthung, mit welcher das Gesetz keine bestimmte Folge verbindet, ist allemal der Gegenbeweis zuläßig und gilt für stillschweigend vorbehalten (Landrechtsatz 1352a.,). Ausgenommen davon sind die §. g. praesumtiones juris et de jure. Es gibt nemlich zweierlei Arten von Rechtsvermuthungen oder gesetzlichen Vermuthungen.

1) Solche, welche denjenigen, zu dessen Vortheil sie eintreten, von allem Beweis befreien, aber noch einen Gegenbeweis zulassen, praesumtiones juris schlechtweg.

2) Solche, welche nicht nur von allem Beweis befreien, sondern auch den Gegenbeweis ausschließen, praesumtiones juris et de jure oder fictiones Landrechtssatz 1350—1352.

In der Regel sind die Rechtsvermuthungen von der ersten Art. Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts 4te Auflage §. 766. Zu der letzten Art gehört aber die Wirkung des Eides und des gerichtlichen Geständnisses, daher gegen diese beiden (uneigentlich genannten) Beweismittel kein Gegenbeweis statt findet, Landrechtsatz 1350. 4. 1352. 1356. 1363.

Während der Gegenbeweis im gemeinen Recht stark begünstiget wurde, haben die Rechtslehrer den Satz aufgestellt, daß aller Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis durchaus unzuläßig sey (reprobatio reprobationis non datur). Als Grund dieser Regel wurde angeführt, daß außerdem das Beweisführen in das Unendliche gehen, und die Prozesse unsterblich würden, und daß sonst der Beweisführer Gelegenheit hätte, nach bereits abgelaufener Beweisfrist neue Beweismittel für den obliegenden Beweis nachzutragen. Danz a. a. O. §. 252. Baier a. a. O. S. 333. Diese Regel hat auch die Obergerichtsordnung in §. 79 wörtlich aufgenommen, woselbst die reprobatio reprobationis (nicht ganz bezeichnend) Wiederlegungsbeweis genannt wird. Neuerer Zeit wurden aber in der Doctrin mehrere Ausnahmen der Regel: reprobatio reprobationis non datur zugelassen. Baier a. a. O. S. 333. Und einige Prozeßlehrer, wie vornehmlich Martin, thun dieses Rechtssatzes gar keiner Erwähnung. Ebenso die Prozeßordnung. Es wirft sich daher die Frage auf, ob nach unserm Prozeßgesetze die gedachte Regel noch bestehe oder nicht, eine Frage die in den Annalen IX. Jahrgang Nro. 10 als sehr zweifelhaft hingestellt ist. Für die Zuläßigkeit der reprobatio reprobationis läßt sich dasselbe sagen, was man für die Zuläßigkeit des Gegenbeweises gesagt hat. Es läßt sich nemlich auch sagen, daß die reprobatio reprobationis ebenso gut als der Gegenbeweis ein nothwendiges Vertheidigungsmittel sei, welches den Parteien nicht entzogen werden könne, sondern immerhin zugelassen werden müsse. Denn die reprobatio reprobationis steht zum Gegenbeweis im gleichen Verhältnisse wie der Gegenbeweis zum Beweis. Dagegen ist auch nach unserer Prozeßordnung die Beweisführung bis ins Unendliche und die Nachholung versäumter Beweismittel in Folge der darin herrschenden-Eventual Maxime unstatthaft. Diese beiden Momente lassen sich jedoch mit einander in Einklang bringen, wenn man den Grundsatz dahin feststellt: es sei die reprobatio reprobationis so wie ein weiterer (indessen kaum denkbarer) Gegenbeweis wider die reprobatio reprobationis u. s. w. in der Art aber auch nur in der Art zuläßig, daß die reprobatio reprobationis ꝛc. als bloßes Vertheidigungsmittel wieder den gegentheiligen Beweis einzig und allein auf die Anfechtung der von dem Gegner vorgeschlagenen Beweismittel abzielt und daß überhaupt dadurch die Eventual-Maxime nicht verletzt wird, daß nämlich nicht solche Beweise vorgeschlagen werden, welche schon in der Beweisantretung beziehungsweise Gegenbeweisantretung ꝛc. hätten vorgebracht werden sollen. Für den hier aufgestellten Grundsatz spricht, daß in der Prozeßordnung die reprobatio reprobationis nicht verboten, somit erlaubt ist, und daß auch in dem ersten Verfahren so wie in den Verhandlungen über die Beweisanfechtung und Ausführung die Parteivorträge bis zur Replik und Duplik ausgedehnt werden dürfen, §. 310, 330, 632. Auf jeden Fall sind wider den Gegenbeweis Beweiseinreden mit dem deßfallsigen Beweis zuläßig, wie auch im Gesetze ausdrücklich bestimmt ist (§. 1133), und sich schon daraus ergibt, daß jede Beweisantretung, also auch die Gegenbeweisantretung der Gegenpartei zur Erklärung mitgetheilt werden muß, §. 407.

§. 7. Bei dem Gegenbeweis findet dasselbe Verfahren statt, wie bei dem Beweis. Gönner a. a. O. II. Band. S. 341. Dieses hat die Obergerichtsordnung im §. 81

Digitized by Google

ausdrücklich ausgesprochen. In der Prozeßordnung findet sich keine gleichlautende Vorschrift, allein sie bedurfte als sich von selbst verstehend einer Erwähnung im Gesetzbuche nicht.

Wie bei dem Beweis und Gegenbeweis überall das gleiche Verfahren statt findet, so stehen dem Gegenbeweisführer auch alle Beweismittel zu Gebot, welche dem Beweisführer zukommen, jedoch mit der Ausnahme, daß der Gegenbeweis wider den Inhalt einer vollbeweisenden öffentlichen oder Privaturkunde nicht durch Zeugen sondern nur durch Urkunden geführt werden kann, Landrechtsatz 1341, und daß zur Führung des Gegenbeweises die Eideszuschiebung nicht statt findet, in sofern Beweis- und Gegenbeweis die nämlichen speziellen Thatsachen zum Gegenstande haben. §. 573. Außerdem kann der Gegenbeweisführer aller andern Beweismittel sich bedienen, namentlich auch der Zeugen und Urkunden, welche zum Beweis gebraucht wurden. Zur Gegenbeweisführung ist aber eine nochmalige Beeidigung der Zeugen, wie dies ältere Prozeßlehrer verlangt haben (Gönner a. a. O. II. Band S. 341), bei uns nicht erforderlich, weil der Zeuge durch die Erklärung auf die Beweisantretung oder durch den Ablauf der Gegenbeweisfrist gemeinschaftlich wird, §. 483, 484. Ebenso bedürfen die von dem Beweisführer vorgelegten Urkunden, welche der Gegenbeweisführer für sich benutzen will, keiner neuen Anerkennung, weil jede Urkunde durch die Produktion gemeinschaftlich wird, §. 442.

Eine besondere Bestimmung ist in §. 786 4b getroffen, wornach jede Partei berechtiget ist, von dem Gegner die Herausgabe oder Vorlegung aller Urkunden zu verlangen, welche sie gegen den Gegner zur Entkräftung seines Beweises oder Führung des Gegenbeweises bedarf. Was unter dem Ausdruck Entkräftung des Beweises verstanden werden muß, ist in der Prozeßordnung nicht gesagt. Dieser Ausdruck, welcher in der Prozeßordnung ein einzigesmal und zwar in dem gedachten §. 786 vorkömmt, ist offenbar ein technischer Ausdruck, daher die Erklärung desselben in der Quelle der Prozeßordnung, nämlich in dem gemeinen Deutschen Prozeßrechte zu suchen ist. Hiernach versteht man unter der Entkräftung des Beweises die besondere Ausführung, wodurch ein schon gehörig geführter Beweis in den wenigen Fällen als ungültig angefochten wird, wenn

1) ein eigentlicher Meineid bei Ableistung eines Haupteides begangen, oder

2) die abgehörten Zeugen bestochen oder gebrauchte Urkunden verfälscht sind; oder wenn endlich

3) ein abgelegter Erfüllungseid oder Reinigungseid durch neu aufgefundene Beweismittel allein widerlegt werden kann. Martin a. a. O. §. 186 l. k. Die meisten dieser Entkäftungsgründe sind aber jetzt weggefallen. Denn ist der Eid geleistet, so wird der Gegentheil mit dem Beweis, daß falsch geschworen worden sei, nicht mehr gehört. §. 603. Landrechtsatz 1363. Diese beiden Gesetzesstellen sprechen zwar nur von dem zugeschobenen und zurückgeschobenen Eid, also von dem Haupteid. Sie müssen aber in Gemäßheit des §. 652 auch für den Erfüllungs und Reinigungseid gelten. Sodann ist auf den Antrag der Parteien ein Zeuge, welcher wegen Ablegung oder Nichtablegung des Zeugnisses eine Belohnung erhalten oder ein darauf bezügliches Versprechen angenommen hat, als unzuläßig zu verwerfen (§. 508. 5), und ein Zeuge, welcher der Bestechung verdächtig gemacht wurde, ist ein verdächtiger nicht ganz glaubwürdiger Zeuge §. 509. Wenn aber ein Zeuge verhört ist, und den Zeugeneid abgelegt hat, so wird auch hier die Vorschrift des §. 603. Landrechtsatz 1363 Platz greifen.†) Die Vorschrift nämlich, daß der Gegentheil mit dem Beweis, es sei falsch geschworen worden, nicht mehr gehört werde. In allen diesen Fällen findet eine Beweisentkräftung nicht statt, sondern es kann nur Widerherstellungsklage erhoben werden, wenn im Wege des Strafprozesses erwiesen worden ist, daß der Schwörende wissentlich falsch geschworen, und daß der Zeuge wissentlich falsches Zeugniß gegeben hat, §. 1252. 3. 4. Es erübrigt daher nach unserer Prozeßordnung nur der einzige Entkräftigungsgrund, daß die gebrauchten Urkunden falsch oder verfälscht seien. Diese Behauptung, daß nämlich eine Urkunde falsch oder verfälscht sei, ist nun stets als Beweiseinrede zu betrachten, deren thatsächlichen Grund der Produkt mit allen Nebenumständen bestimmt und vollständig anzuführen, und zu beweisen hat §. 453. 454. 443. Frägt man nun, warum der Gesetzgeber im §. 786 4b statt des Ausdruckes Entkräftung eines Beweises nicht den viel deutlicheren Ausdruck Beweis der Einrede der Falscheit oder Verfälschung der Urkunden gebraucht hat, so läßt sich hierauf nur antworten: non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Zufolge der obigen Ausführung und des im §. 1 dieser Abhandlung Gesagten muß die in §. 786 4b getroffene Bestimmung so verstanden werden, daß nur zum Beweis der Einrede der Falschheit oder Verfälschung der Urkunden††) und zur Führung des direkten Gegenbeweises die Herausgabe oder Vorlegung der Urkunden verlangt werden kann.

Eine andere Auslegung des §. 786 4b findet man in den Annalen XI. Jahrgang Nro. 10.

(Schluß folgt.)

†) Daß der §. 603 auf den Zeugeneid keine Anwendung finde, geht schon aus dem §. 462 hervor, da hiernach selbst noch in den Verhandlungen über die Beweisausführung, also nach der Abhör der Zeugen Einwendungen gegen deren Glaubwürdigkeit zulässig sind. Die Red.

††) Damit wäre der §. 786 4b in Beziehung auf die Entkräftung des gegnerschen Beweises wohl zu eng ausgelegt. Beweise gegen geleisteten Haupt- oder Notheid sind in dem § allerdings nicht gemeint, denn wenn diese Eide geschworen sind, so ist ja der Prozeß zu Ende, und Materiat zu einer Widerherstellungsklage hat man dem Gegner nicht zu liefern. Allein zur Entkräftung des Beweises des Produzenten (während der Beweisverhandlungen) dienen nicht nur diejenigen Urkunden, welche die Urkunden des Beweisführers als falsch oder verfälscht darstellen, sondern auch jene, welche geeignet sind, den Urkunden des Beweisführers (z. B. bei vorgängigen Korrespondenzen) eine andere Deutung zu geben, oder ihre Beweiskraft in irgend einer Weise zu schwächen, die vom Beweisführer vorgeschlagenen Zeugen als verwerflich darzustellen, oder doch zu verdächtigen (§. 507—509), oder die von ihm aufgestellten Vermuthungen in ihrer Schlüssigkeit zu schwächen u. d. g. D. Red.

Hauptredakteur: Vierkanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 26. März 1842.

I.

Ueber den Gegenbeweis.

(Schluß.)

§. 8 Anbelangend die Collision des Beweises und direkten Gegenbeweises so ist zuvörderst der Grundsatz zu bemerken, daß sich Beweis und Gegenbeweis bei gleicher Stärke gegenseitig aufheben. Daraus folgt:

1) daß, wenn dem vollständig geführten Beweise ein eben so vollständig geführter Gegenbeweis entgegensteht, der erste als entkräftet anzusehen und gegen den Beweisführer zu erkennen ist, §. 638. Noch vielmehr ist aber dieß der Fall

2) wenn dem nicht vollständig geführten Beweis ein vollständig geführter Gegenbeweis entgegensteht, arg. §. 638 a majori ad minus.

3) ist dagegen der Beweis vollständig geführt, der Gegenbeweis aber nur unvollständig hergestellt, so hat man auf Notheid zu erkennen, §. 639.

Bei der Abwägung des beiderseits gelieferten Beweises ist übrigens zu unterscheiden, ob gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel mit einander collidiren. In dem ersten Falle hat der Richter die Glaubwürdigkeit eines jeden Beweismittels und die Erheblichkeit des dadurch gelieferten Ergebnisses zu prüfen, arg. §. 450, 514—519, 549. Ist deren Glaubwürdigkeit sich einander nicht gleich, so gehen diejenigen vor, welche mehr Glauben verdienen, arg. §. 517, jedoch kann alsdann der Fall eines Notheides eintreten. Sind aber die collidirenden Beweismittel alle völlig glaubwürdig, so hat das Resultat derer den Vorzug, für welches größere Wahrscheinlichkeit spricht, arg. §. 518. Ist die Wahrscheinlichkeit bei allen Beweismitteln gleich groß, dann ist der Beweis als entkräftet anzusehen und gegen den Beweisführer zu erkennen. §. 638.

Was nun die Collision der einzelnen gleichartigen Beweismittel betrifft, und zwar:

1) die Collision verschiedener Urkunden, so kömmt es hier zunächst auf die Vollständigkeit und Glaubwürdigkeit der Urkunden an, ohne daß eine öffentliche vor einer Privaturkunde den Vorzug hätte.

2) Bei der Collision der verschiedenen Zeugenaussagen gilt nach unserer Prozeßordnung die Maxime, daß die Zeugen nicht sowohl zu zählen, als zu wägen seien, daß somit der Vorzug der collidirenden Zeugenaussagen lediglich auf der persönlich höhern oder mindern Glaubwürdigkeit der Personen der Zeugen oder auf der innern Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen in Vergleichung der Aussagen unter sich und mit andern bewiesenen Umständen beruhe. Es kann deßhalb selbst der kleinern Anzahl der Zeugen das Uebergewicht an Beweiskraft über die größere Anzahl zukommen, wenn ihre Glaubwürdigkeit größer ist, §. 514—519. Weilers Motive zum Entwurf der Prozeßordnung S. 40.

3) Bei dem Beweis durch Sachverständige kömmt eine Collision bei uns nicht in der Art vor, daß die Sachverständigen der verschiedenen Parteien mit einander in Widerspruch gerathen, weil die Sachverständigen nicht einseitig von jeder Partei, sondern von den Parteien gemeinschaftlich, und wenn die Parteien nicht übereinkommen, von dem Gerichte ernannt werden, §. 537. Will daher eine Partei den Gegenbeweis über dieselben speciellen Thatsachen führen, welche schon Gegenstand des Beweises

Digitized by Google

sind, so hat die Partei blos die Punkte zu bezeichnen, deren Berücksichtigung in dem Gutachten der Sachverständigen und bei den diesem etwa vorhergehenden vorbereitenden Handlungen verlangt wird, §. 539. Zufolge dessen findet bei uns nur noch eine Collision der Aussagen der von den Parteien gemeinschaftlich oder vom Gerichte ernannten Sachverständigen unter sich statt. Hiebei gilt dieselbe Maxime wie bei der Collision der verschiedenen Zeugenaussagen, so daß der Richter nicht unbedingt an die Meinung der Mehrheit gebunden ist, sondern nach den bei dem Widerspruch der Zeugenaussagen geltenden Regeln mit Erwägung der Gründe der Meinungen und des Grades der Vollkommenheit der Kunstkenntnisse der Sachverständigen das Gutachten zu prüfen und darnach den Vorzug zu bestimmen hat, §. 450, 549. Weilers Motive S. 42. Bei Schätzungen wird, im Falle keine absolute Mehrheit für dieselbe Summe zu Stande kömmt, von der höchsten Schätzung auf die nachfolgenden geringeren zurückgegangen bis man zu derjenigen gelangt, in welcher die Mehrzahl der Schätzer zusammentrifft und die nun für die Schätzung der Mehrheit gilt, §. 551.

4) Bei dem Haupt- oder Notheide kann keine Collision statt finden, weil nicht beide Parteien über dieselben speziellen Thatsachen einen Eid schwören können. §. 573, 635.

5) Ebenso wenig findet bei dem Augenschein eine Collision statt, insofern nicht der Augenschein wegen fehlerhafter Vornahme angefochten wird.

Bei einer Collision verschiedenartiger Beweismittel genügt die Prüfung der Glaubwürdigkeit derselben und der Wahrscheinlichkeit ihres Ergebnisses nicht, sondern man muß auch auf die Beschaffenheit dessen Rücksicht nehmen, was erwiesen werden soll. Ist dieses ein Thatumstand zu dessen Beurtheilung Kunstkenntnisse erforderlich sind, welche dem Richter als solchem abgehen, so hat der Beweis durch Sachverständige vor allen übrigen Beweismitteln unbedingt den Vorzug, arg. §. 540. Weilers Motive S. 42. In allen andern Fällen, wo es allein auf die Wahrheit einer Thatsache ankommt, haben die übrigen Beweismittel den Vorzug und zwar zuerst:

1) Der Augenschein, welcher allen Beweismitteln, die mit ihm concurriren können, vorgeht, denn er verschafft dem Richter unmittelbare Gewißheit, während andere Beweismittel nur mittelbare Gewißheit verschaffen; eben deßhalb findet gegen den Augenschein blos insofern Gegenbeweis statt, als er auf eine fehlerhafte Vornahme des Augenscheins selbst gerichtet ist.

2) Gegen einen geleisteten Haupt- oder Notheid ist kein Gegenbeweis zulässig, nicht einmal der Beweis eines wissentlichen Meineides. Landrechtsatz 1363. §. 603.

3) Vollbeweisende Urkunden haben den Vorzug vor dem Zeugenbeweis in der Art, daß in der Regel weder gegen den Inhalt der Urkunden noch zur Ergänzung des Inhalts noch über Reden die vor, während oder nach der Verfassung vorgefallen sein sollen, der Zeugenbeweis zulässig ist, Landrechtsatz 1341; daher die Urkunden an Kraft dem Zeugenbeweis regelmäßig vorgehen. In den Fällen aber, wo Ausnahmsweise der Zeugenbeweis statt, findet, Landrechtsatz 1347, 1348, hat der Zeugenbeweis den Vorzug vor dem Urkundenbeweis.

Haager.

II.

Verwandtenmord aus Aberglaube und religiösem Wahnsinn.

Sonntag den 26. Sept. 1841 kam die 14jährige K. Baumgartner während der Kirche in die Wohnung des Joh. Weber in Adelhausen, fand aber die Stube leer und sah nur in der Kammer auf der linken Seite den kleinen 5jährigen Sohn Jakob, der aufrecht im Bette saß und am Kopfe blutete. Nach seiner Mutter befragt, gab er zur Antwort, daß er nicht wisse, wo sie sei, und so entfernte sich das Mädchen wieder, in der Meinung, der übrige Theil der Familie befinde sich in der Kirche. Etwa eine Stunde später kam auch die Ehefrau Kiefer in das Haus; sie ging, als sie in der Stube niemand antraf, in die Kammer auf der rechten Seite, und sah da die Ehefrau Weber und deren beide Mädchen in ihrem Blute im Bett liegen. Durch den gräßlichen Anblick erschreckt lief sie, um Hilfe rufend, weg und so kamen bald viele Leute herbei. Es wurde ein Bote nach dem 1½ Stunden entfernten Amtsorte abgeschickt, worauf sich die amtliche Kommission sogleich an den Ort der That verfügte.

In dem Weber'schen Hause gelangt man durch die Küche in die Wohnstube und von dieser auf jeder Seite

Digitized by Google

nach einer Schlafkammer mit einem Bette, in jenem zur Rechten fand man die Mutter mit den beiden Mädchen, in dem zur Linken die beiden Knaben, alle schwer verwundet, mit blutenden Köpfen, bis auf das Hemde entkleidet, in Blutlachen liegend. Mit Ausnahme des kleinen Knaben Jakob waren Alle betäubt und bewußtlos, der ältere Sohn röchelte bereits. Der Vater, welcher mit den Knaben das Bett zu theilen pflegte, war verschwunden. Die Legalinspektion zeigte folgende Verletzungen:

I. bei der Ehefrau Weber:

1) eine Schnittwunde vom obern Rand des rechten Ohrs bis 1½" vom äussern Winkel des rechten Auges, ¾" lang. Das innere Ende der klaffenden Wunde dringt bis auf den entblößten Jochbogen, welcher rauh anzufühlen ist, das äußere Ende geht auf das entblößte Schläfebein.

2) Oberhalb dieser Wunde im ganzen Umfang des Schläfebeins ist eine Contusionsgeschwulst mit bläulicher Färbung, und unter dieser in ihrem ganzen Umfang ein deutlich wahrnehmbarer Knocheneindruck. Ueberdieß hat sie noch 2 minder bedeutende Schnittwunden und eine doppelte Contusionsgeschwulst, Alles auf der rechten Seite des Gesichtes.

II. Der Knabe Johann, 11 Jahre alt, hat eine starke Contusion auf dem linken Schläfebein im Durchmesser von 2½" mit weicher teigiger Geschwulst, blauer Färbung und großer Schmerzhaftigkeit; in deren Mitte ist eine kleine Hautabschilferung, und unter der Geschwulst ein bedeutender Knocheneindruck. Nach den vorhandenen Spuren hat er aus beiden Nasenlöchern geblutet.

III. Der Knabe Jakob, 5 Jahre alt, hat:

1) eine Schnittwunde von 1" Länge auf dem rechten Stirnbein, und zwar auf der innern Seite des Stirnhügels, von oben nach unten, klaffend, bis auf den entblößten Stirnknochen eindringend, ohne diesen selbst zu verletzen;

2) eine Contusionsgeschwulst auf dem linken Schläfebein mit bläulicher Färbung und Hautabschilferung, im Durchmesser von 2".

IV. Bei dem Mädchen Katharina, 12 Jahre alt, finden sich:

1) bedeutende Contusionsgeschwulst mit bläulicher Färbung im ganzen Umfang des rechten Schläfebeins mit Knocheneindruck;

2) ein kleiner Hautriß am obern Rand des rechten Ohres;

3) bedeutende Contusionsgeschwulst über das ganze Auge, so daß dieses geschlossen ist, ohne jedoch verletzt zu sein;

4) Contusionsgeschwulst über den ganzen rechten Backen.

V. Das Mädchen Xaverine, 3 Jahre alt, hat eine bläuliche Contusionsgeschwulst von 1½" Durchmesser längs dem linken Schläfebein oberhalb des Ohres, und das Ohr selbst ist blau fugillirt.

Alle ohne Ausnahme hatten sich erbrechen müssen und die Wunden der sub I und II Genannten wurden für gefährlich, jene der Uebrigen für schwer erklärt. Der Sohn Johann starb nach einigen Stunden und bei der Section zeigte sich, daß unter der Contusionsgeschwulst der schuppigte Theil des linken Schläfebeins im Durchmesser von 1½ bis 2" in Splittern eingesprengt war. Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten war die Wunde nicht abfolut, sondern nur an sich tödtlich, indem bei zeitig angewendeter künstlicher Hilfe das Leben wahrscheinlich hätte gerettet werden können. — Die übrigen Verwundeten wurden nach einigen Monaten für geheilt erklärt, doch blieb bei der Ehefrau Weber und der Tochter Katharina Knocheneindruck und Anlage zu Gehirnrheumatismen zurück.

Der Umstand, daß sämmtliche Personen bis auf das Hemde entkleidet im Bett lagen, und daß alle Verletzungen sich nur auf der einen oder der andern Seite des Kopfes befanden, ließ darauf schließen, daß, etwa mit Ausnahme des Jakob, Alle im Schlafe verwundet worden waren, was denn auch durch die spätere Einvernahme sich bestätigte.

Der allein vernehmbare 5jährige Knabe Jakob bezeichnete seinen Vater als den Thäter und sagte, derselbe sei in der Nacht noch vor Tagesanbruch aufgestanden und habe ihn mit einem Messer geschlagen, er habe geschrieen und ihm gerufen, aber keine Antwort erhalten. Von der Verwundung der Uebrigen weiß er nichts. Diese Angabe wurde durch die allgemeine Stimme unterstützt, Johann Weber hatte bisweilen Drohungen ausgestoßen, und gegen Zeugen nicht nur im Allgemeinen geäußert, es sei ihm manchmal, als müsse er morden, sondern auch in Bezug auf seine Frau gesagt: „sie solle fliehen, er müsse sie doch noch morden." Hiezu kam noch, daß er den ganzen Tag nicht sichtbar geworden war. Obgleich es unaufhörlich regnete und er ein chronisch-artritisches Fußge-

Digitized by Google

ſchwür hatte, das bei ſchlimmer Witterung aufbrach, ihm heftige Schmerzen verurſachte, ihn am Gehen hinderte und ihn nöthigte das Bett zu hüten, — vermochten weder die vom Bürgermeiſter ſogleich abgeſchickten Boten, noch die ſpäter erlaſſenen Steckbriefe auch nur eine Spur von ihm ausfindig zu machen.

Erſt zwei Monate ſpäter, nachdem ſeine Schuld durch die Unterſuchung außer rechtlichen Zweifel geſetzt war, wurde ſein Leichnam beim Aufmachen des Bürgergabholzes in dem eine halbe Stunde von ſeiner Wohnung entfernten Gemeindewald aufgefunden. Er war faſt gänzlich in Verweſung übergegangen und nur noch ein Todtengerippe, mit Ausnahme der Vorderarme, welche mumienartig eingetrocknet waren, und des kranken Beines, das aufgeſchwollen und mit Madenwürmern überſäet war, — ſo daß der Tod wahrſcheinlich bald nach der That ſtatt gefunden hat. Unter den Beinen lag ein Hammer, an deſſen ſchmaler Seite ein Stück abgeſprengt war, wodurch er etwas geſchärft erſchien, an dieſer Stelle waren ſtarke Roſtflecken und einige Haare; in kleiner Entfernung davon lag ein Taſchenmeſſer mit zugelegter Klinge; aller Wahrſcheinlichkeit nach wurde mit dieſen Inſtrumenten das Verbrechen verübt, indem auch die Beſchaffenheit der Verletzungen, — Contuſion mit Knocheneindruck und Schnittwunden — darauf ſchließen läßt. Da ſich an dem Leichnam nirgends eine Verletzung als Spur äußerer Gewalt fand, deſſen Lage eher auf einen natürlichen als auf einen gewaltſamen Tod ſchließen ließ, das Meſſer zugelegt war, und der Hammer, wenn überhaupt angenommen werden wollte, daß jemand, der ein Meſſer bei ſich hat, ſich eines ſolchen Werkzeugs zum Selbſtmord bedienen würde, jedenfalls auf dem Schädel hätte Spuren zurücklaſſen müſſen, ſo wurde in dem gerichtsärztlichen Gutachten ausgeſprochen, daß der krankhafte Zuſtand Weber's, ſein Nervenleiden und das atritiſche Fußgeſchwür bei dem Aufenthalt im freien Wald, auf naſſem Boden, während anhaltend ſtürmiſchem Regenwetter, deſſen Tod herbeigeführt habe.

Dieſer Fall liefert zwar in Bezug auf die Unterſuchung wenig Merkwürdiges, weil der Thäter gleich und ohne Schwierigkeit ermittelt werden konnte, und weil die rechtliche Würdigung der That bei ſeinem unmittelbar darauf erfolgten Tode unterbleiben mußte. Auch konnte ein Verhör nicht vorgenommen werden, von welchem gewiß intereſſante Aufſchlüſſe über die innern Beweggründe und den ganzen Seelenzuſtand Webers zu erwarten waren. Deſſenungeachtet dürfte eine Erzählung des Herganges, ſoweit er von den Zeugen erhoben werden konnte, nicht unwillkommen ſein, da der Fall in pſychologiſcher Hinſicht alle Berückſichtigung verdient, und da er einen merkwürdigen Beitrag zu der Erfahrung bildet, daß auch in unſerer Zeit die Aufklärung, trotz ihrer bedeutenden Fortſchritte, noch lange nicht alle Gegenden erreicht und alle Stände durchdrungen hat, und daß ſelbſt der dickſte Pöbelaberglaube noch ſeine zahlreichen Anhänger findet.

Johann Weber war 41 Jahre alt, katholiſcher Religion, Bürger und Bauer in Adelhauſen, ſeit 11 Jahren verheirathet, Vater von 4 Kindern, die er zärtlich liebte, und im Beſitz eines für jene Gegend nicht ganz unbedeutenden Vermögens. Es wird ihm von den Ortsvorgeſetzten das Zeugniß gegeben, daß er ſtets fleißig, geſittet und dem Trunke nicht ergeben geweſen ſei, doch, ſtammte er aus einer Familie, die ſich durch Aberglauben und Neigung zu Gemüthskrankheiten bemerklich machte. So wurden ihm ſchon in frühſter Jugend abergläubiſche Vorſtellungen und Vorurtheile eingeimpft, die er noch durch das Leſen religiöſer Schriften, wie ſie aus dem benachbarten Canton Argau herüber kamen, nährte, und in denen er durch Menſchen, welche die Thorheit und Beſchränktheit anderer zu ihrem Vortheile zu benutzen pflegen, beſtärkt wurde.

Zwar hatte ſein Irrwahn anfangs noch keine beſtimmte Richtung und die erſte Zeit ſeines ehelichen Lebens verbrachte er in glücklicher Zufriedenheit; als ihn jedoch vor 6 Jahren eine hitzige Nervenkrankheit befiel, ſtieg plötzlich in ihm der Verdacht auf, als ſei die Urſache der Krankheit in einer Einwirkung ſeiner Frau zu ſuchen; bald glaubte er, ſie thue ihm Krähenaugen in die Speiſen, um ihn bei Seite zu ſchaffen, und aß deßhalb nichts, was von ihr zubereitet war, bald erklärte er ſie für eine Hexe, behauptete, ſie thue es ihm an und mied ihre Nähe. Mit der Krankheit ſchwand der Argwohn, der häusliche Friede kehrte zurück, und das eheliche gute Einvernehmen wurde wieder hergeſtellt. Dennoch ſcheint hier der Keim zur künftigen That gelegt worden zu ſein; im Innern ſetzte ſich die vom Fieberwahn erzeugte Idee feſt, bildete ſich noch mehr aus, ſchimmerte bei einer ſpätern ſchnell vorübergehenden Krankheit vor 2 Jahren wieder

Digitized by Google

durch, und trat in der letzten Zeit mit aller Macht hervor, obgleich sie inzwischen weniger in das Bewußtsein übergegangen sein mag.

Vielen Einfluß auf seinen Gemüthszustand und den letzten Ausbruch der Krankheit hatte nebst seinem Fußübel, von dem schon oben die Rede war, und das ihm oft längere Zeit große Schmerzen verursachte, der Verkauf seines Hauses, zu dem er ohne Ueberlegung eingewilligt hatte. Es war nämlich dieses Haus, zu dessen Bau er einen großen Theil seines Vermögens verwendet hatte, kaum fertig, als er trunken gemacht und dann überredet wurde, es unter dem Preise zu verkaufen. Die Vorwürfe von Frau und Kindern, so wie die Ueberzeugung, daß er benachtheiligt worden, kränkten ihn tief, er wollte den Kauf gegen Bezahlung eines Reugeldes rückgängig machen, als aber der Käufer nicht einwilligte, hielt er sich an den Vertrag gebunden und kaufte sich eine andere schlechtere Wohnung, in welche die ganze Familie verstimmt einzog und in welcher sie sich unbehaglich fühlte. Dazu kam bald darauf ein neues Ungemach. Es gieng ein Mann, der noch auf einige Wochen Wohnungsrecht in dem neu erkauften Hause anzusprechen hatte, eines Tages an dem Stall vorüber, und da die Kuh des Weber gerade den Kopf an der Oeffnung in der Mauer hatte, machte er mit der Hand eine heftige Bewegung gegen sie. Dadurch wurde die Kuh so erschreckt, daß sie mehrere Tage nicht recht fressen wollte, wenig Milch gab, und fast beständig brüllte. Weber, der die Bewegung des Mannes mit angesehen hatte, kam sogleich auf den Gedanken, daß die Kuh behext worden sei; so oft der Mann das Zimmer verließ, schlich er ihm nach, um sich zu überzeugen, daß er nichts anstelle, und rief dann den als Teufelsbanner, Wahrsager und Kartenschläger in der Gegend bekannten s. g. Stettener Schneider von Degerfelden in sein Haus. Dieser nahm nun folgende interessante Kur vor, der Weber gläubig anwohnte: er schrieb auf 2 Zetteln Beschwörungsformeln und heftete den einen an der Stallthüre an, den andern an der Hausthüre, dann hängte er 3 hölzerne Kreuzlein in den Stall, das eine im Namen Gottes des Vaters, das andere in jenem des Sohnes, und das dritte im Namen des heiligen Geistes. Nach dieser Vorbereitung mußte Weber hinter der Kuh niederknien und das Evangelium St. Johannis laut herbeten, und hierauf erhielt er ein Rüthlein, mit welchem er die Kuh über den Rücken hin vom Kopfe bis zum Schwanze unter Anrufung des Namens Jesu berühren mußte. Der Teufelsbanner hielt alsdann der Kuh Futter vor, und siehe da! — sie fraß. Weber mußte nun für sich allein drei Tage hinter einander das Evangelium St. Johannis und den englischen Gruß kniend im Stalle mit lauter Stimme beten. — Da indeß dieß Mittel doch nicht recht helfen wollte, wendete sich Weber an den Scharfrichter in Rheinfelden, welcher sich eines noch ausgebreitetern Rufes erfreut als der Stettener Schneider, und verlangte von ihm zugleich ein Mittel, um die Person zu erkennen, welche an der Beherung der Kuh die eigentliche Schuld trage, denn der Wohnungsberechtigte war inzwischen ausgezogen, und weil die Krankheit doch nicht nachlassen wollte, hatte sich des Weber wieder der Gedanke bemächtigt, daß nur seine Frau die Here sein könne. Auch glaubte er, weil er in Folge seines Fußübels und sonstigen Unwohlseins magerer geworden war und sich abgespannt fühlte, es gehe das Uebel nun von der Kuh auf ihn über, und auch er sei behext. — Der Scharfrichter gab ihm Arzneien, ein Band, das er um den Hals tragen solle, um den Schwindel zu vertreiben, und eine stinkende Salbe, mit welcher er das Bett und verschiedene Stellen des Zimmers bestreichen mußte. Diese Salbe sollte nicht nur den Heren den Aufenthalt im Hause unmöglich machen, sondern dieselben auch verrathen, denn wer sich über den üblen Geruch beklage, müsse nothwendig eine Here sein. Natürlicher Weise beschwerte sich zuerst die Frau über den Gestank und dieß bestärkte den gegen sie vorhandenen Verdacht. Weber gerieth in Aufwallung und schalt sie; als aber auch die Kinder sich beklagten, überzeugte er sich, daß auch sie von der Mutter verdorben würden, und von diesem Augenblicke war seine Ruhe dahin, er verfolgte die Frau, schlug und mißhandelte sie, drohte, sie zu morden und warnte die Kinder vor ihr, sie sollten ihr nichts abnehmen, außer in Gottes Namen. Eines Tages riß er die Kleider seiner Frau aus dem Schranke, und hieb mit einer Art darauf bis sie sämmtlich unbrauchbar geworden waren, dann rannte er aus dem Hause und schlug im Vorbeieilen der Frau auf den Kopf. Oft sprach er den ganzen Tag kein Wort, und wenn die Nacht kam, lief er in den Garten, weil es ihm im Haus zu eng werde, da blieb er dann, bis die Kälte ihn zurück, und in das Bett trieb. — Seine Frau, welche ihre Leiden mit ächt weiblicher Geduld, Sanftmuth und Ergebung trug, ohne sich gegen jemand zu äußern oder zu

Digitized by Google

klagen, ſuchte nun bei dem Pfarrer Troſt und Hilfe, und erklärte ihm, daß ſie es nicht mehr zu ertragen vermöge, wenn Weber ſie Hexe nenne, alles Unheil und Unglück des Hauſes ihr zuſchreibe, ſich weigere, neben und mit ihr zu arbeiten, Speiſe und Trank von ihr zu genießen und drohe, die Kinder von ihr zu entfernen, damit ſie nicht auch von ihr behext werden. Der Geiſtliche, welcher dem Weber Vorwürfe machte, und ihn zu belehren ſuchte, erhielt von ihm Verſprechungen und die Erklärung:

„ſein Benehmen ſei einer Art Krankheit zuzuſchreiben, die er ſich nicht erklären könne, die ihm das Leben verleide, und oft bewirke, daß er dem Drange, es auf irgend eine Weiſe zu enden, faſt nicht zu widerſtehen vermöge. Nur die innige Liebe zu ſeinen Kindern habe ihn von einem ſolchem Schritte bisher noch abgehalten.“

Er folgte dem Rathe, ſich eines Arztes zu bedienen, und erhielt von dieſem ein Brechmittel, das ihm zwar Linderung verſchaffte, aber, weil es ihm vorher heftige Leibſchmerzen und Beklemmungen verurſacht hatte, in ihm den Gedanken beſtärkte, daß ſeine Krankheit nicht gewöhnlicher Art ſei und daß ein Arzt ihm nicht helfen könne. Er behauptete, ſeine Frau habe es ihm angethan, ſie ſei Schuld an dem Bauchgrimmen und Schwindel, und nahm ſeine Zuflucht wieder zu abergläubiſchen Mitteln. Während er Nachts die Leibſchmerzen hatte, tobte er ſo fürchterlich, rannte im Zimmer umher, polterte an Schrank und Thüre, und lärmte, daß die Frau, die durch die bisherigen Drohungen und das Zerhauen ihrer Kleider erſchreckt war, das Bett verließ, in der Angſt ihres Herzens zum Fenſter hinaus ſprang, und ſich in das Haus ihres Schwagers flüchtete; dieſer fand jedoch den Weber, zu welchem er ſich ſogleich begab, wieder ruhiger, weil inzwiſchen die Arznei gewirkt hatte.

Zahlreich ſind aus dieſer und der kurz vorhergehenden Zeit die Aeußerungen, welche ſeinen Lebensüberdruß, den Verdacht gegen die Frau und den Drang zu morden beurkunden. So ſagte er zu ſeiner Schwägerin: „er ſei von ſeiner Frau behext, ſie müſſe aber weg, und werde ihm nicht mehr lange unter der Dachtraufe ſtehen.“ Später durfte die Schwägerin nicht mehr in das Haus, weil er von ihr wie noch von mehreren andern glaubte, ſie kommen nur, um ſich von ſeiner Frau in Hexenkünſten unterrichten zu laſſen, und ſie halte es mit ihr. Zu einer andern Verwandten äußerte er: „ſeine Frau ſei eine Hexe, und thue es ihm an, er bringe ſie aber doch noch um; und ein andermal ſagte er zu derſelben auf dem Wege: „meine Frau ſoll fliehen, ich muß ſie doch noch morden, es iſt mir gerade, als müßte ich die Steine aus dem Boden ausreißen.“

Häufig ſprach er dabei Beſorgniß wegen der Zukunft ſeiner Kinder, Befürchtung, daß ſie ſchon verdorben ſeien, und ſelbſt die Andeutung aus, daß er auch ſie ermorden müſſe. Anna Maria Bernhardt, zu der er viel Vertrauen zu haben ſchien, ſagt hierüber: „an dem Tage, an welchem Weber ſeiner Frau die Kleider verdorben hatte, erklärte er mir: ich muß meine Frau morden, gib mir Acht auf die Kinder, wenn ich auch weg muß; und einige Zeit nachher ſagte er, ſeine Frau trachte ihm nach dem Leben, und wenn ſie ihn weg bringe, ſolle ich Acht auf ſeine Kinder geben, beſonders auf das kleinſte, denn dieſes habe ſie ſchon am Bändel, es werde auch ſo wie er von ihr behandelt; auch ich ſolle mich vor ihr hüten, wiewohl ſie mir nichts thun könne.“ Gegen Andere äußerte er „daß er zu ſterben wünſche, wenn nur ſeine Kinder vorher ſtürben,“ und „er werde weggehen, ſo weit ihn die Füße tragen, wenn nur ſeine unſchuldigen Kinder nicht wären, er wolle aber beten für ſie, daß ſie den rechten Weg gehen.“ Dahin gehört auch die Warnung: „Kinder nehmt der Mutter nichts ab, außer in Gottes Namen, denn ſie meint es nicht gut mit euch,“ und die Erklärung nach einem Krankheitsanfall: „es ſei ihm geweſen, als müſſe er ein Kind nehmen, und es zu Boden werfen.“

Nach dieſen Vorgängen wurde er zwar einige Tage hindurch wieder ruhiger, lebte friedlicher mit ſeiner Frau, gieng ſeinen häuslichen Geſchäften nach, und arbeitete wieder; doch war der Aberglaube nicht aus ſeiner Seele geſchwunden, die Ruhe deckte nur die Oberfläche, während Haß, Furcht vor den ſchwarzen Künſten der Frau, und Angſt für das Seelenheil der Kinder ſein Inneres durchwühlten, und ihn mächtig und unwiderſtehlich zu der That trieben, die er für das einzige Rettungsmittel hielt. An dem Vorabend beſuchte ihn ſein Bruder, fand ihn ruhiger und vernünftiger, als er ſeit langer Zeit geweſen, und verließ ihn mit der Aufforderung, wenn ihm wieder etwas fehle, den Arzt zu Rath zu ziehen, worauf Weber verſprach, dies den andern Morgen zu thun. Ueber den weitern Hergang erzählt ſeine Frau: „er ſaß bis 10 Uhr

Digitized by Google

Abends bei mir, sprach ruhig und freundlich, und klagte nur, daß es ihm wieder in den Kopf und das Herz komme. Er betete kniend den Rosenkranz, erklärte dann, er wolle morgen zum Doktor gehen, obgleich er glaube, daß ihm nicht mehr geholfen werden könne, und begab sich zu Bett. Noch vor Tagesanbruch hörte ich ihn Licht machen, ich rief ihm und frug, wie es ihm gehe; darauf kam er mit dem Licht, stellte es auf das Fenstergesims, öffnete das Fenster, sah hinaus und sagte, er könne nicht sehen, ob es schon tage. Dann jammerte er, klagte über sein Herz, und erklärte, es könne ihm nichts mehr helfen. Ich sprach ihm zu, er solle den Muth nicht verlieren und zum Doktor gehen, bat ihn aber, mich noch schlafen zu lassen. Er nahm das Licht wieder, sagte in freundlichem Tone, er wolle es versuchen, und gieng weg; ich aber schlief wieder ein. — Als ich aufwachte war es mir übel, ich mußte mich erbrechen, und als ich mit der Hand an den Kopf kam, wurde sie voll Blut. Ich sah nach den neben mir liegenden beiden Mädchen, und auch diese bluteten, und das ältere war wie todt. Ich verlor gleich wieder das Bewußtsein, und weiß deßhalb von allem Späterm nichts." — Ebenso hat das ältere Mädchen die Verletzung im Schlafe erhalten, und sagt hierüber: „ich kann durchaus nicht angeben, wie ich meine Wunden bekommen habe; als ich das Blut an mir bemerkte, glaubte ich anfangs, ich sei krank, und erfuhr erst später, daß ich geschlagen worden sei." —

Die Art und Weise der Verwundung, verbunden mit den vorhergegangenen Aeusserungen und Drohungen, und dem Umstande, daß sämmtliche Wunden am Kopfe in der Gegend der Schläfe, also an der gefährlichsten Stelle, und mit tödtlichen Werkzeugen, einem Hammer und einem Messer, beigebracht worden sind, lassen an der Absicht zu morden nicht zweifeln. Auch mußte er sich der verbrecherischen Seite der That, trotz seines unverkennbaren Wahnsinns, wohl bewußt sein, sonst würde er sich nicht unmittelbar nachher aus dem Hause entfernt, in den Wald geflüchtet haben, und da geblieben sein, während das rauhe Wetter und der anhaltende kalte Regen den Aufenthalt im Freien verbot, und sein krankes Bein ihn nicht nur am Gehen hinderte, sondern auch durch heftige Schmerzen an das Bedürfniß nach Wärme und Ruhe dringend mahnen mußte. Ob er aber schon im Voraus die That so beschlossen hatte, wie er sie ausführte, und ob die Ruhe nur eingetreten ist, weil der Kampf vorüber und der Entschluß gefaßt war, oder ob die Freundlichkeit erheuchelt wurde, um den Opfern allen Argwohn zu benehmen, und sie sicherer zu machen, das kann nicht ermittelt werden. Dafür scheint zwar der Umstand zu sprechen, daß er 2 Tage vor Begehung der That, während seine Frau auf dem Felde war, seine 4 Kinder um sich sammelte, ein Crucifix auf den Boden stellte, mit den Kindern niederkniete, und mit ausgestreckten Armen betete, und daß er in der letzten Zeit nach Maria Zell gewallfahrt sein soll, um dort zu beten; allein dies kann auch geschehen sein, um dem verderblichen Einfluß der Frau entgegenzuarbeiten und ihre Künste unschädlich zu machen. Wahrscheinlicher ist, daß die Ueberzeugung, daß seine Frau der friedenstörende Dämon sei, der nicht nur seine Leiden verursache, sein Leben bedrohe, und seine Ruhe vernichte, sondern auch der Kinder Seelenheil gefährde, in ihm den unbestimmten Vorsatz, sie zu morden, erzeugte, und daß bei seinen Krankheitsanfällen die ihn beängstigenden Vorstellungen so mächtig wurden, daß sie die sonst abmahnende Stimme des Gewissens übertäubten. So mögen sich auch in jener Nacht die Schmerzen und Beklemmungen in solchem Grade gesteigert haben, daß der Drang zu zerstören und zu morden, den er in solchem Zustande nach seinen frühern Aeußerungen immer lebhaft fühlte, ihn unwiderstehlich fortriß; vielleicht wurde er überdieß erbittert, als er die Seinigen ruhig schlafen sah, während er, von Angst und Schmerzen gepeinigt, sich vergeblich nach Ruhe sehnte, und daß dieß den Haß gegen die Frau als Ursache des Unheils vermehrte, und ihn so zur Ausführung des oft gehegten Gedankens brachte. Gewiß aber wollte er die Kinder nur morden, weil er für das einzige Mittel hielt, sie vor dem Untergang zu retten, wenn er sie in der Unschuld ihres Herzens als reine Opfer dem Himmel weihte, und nur mit Widerstreben wird er sich nach langem Kampfe erst dazu entschlossen haben, als er das Herannahen seines eigenen Todes zu fühlen glaubte, denn der Gedanke, die Kinder ohne seinen Schutz zurücklassen zu müssen, war ihm unerträglich, wie aus der Aeußerung hervorgeht „er würde gern sterben, wenn nur seine Kinder vorher stürben." —

Natürliche Anlage, Erziehung und äußere Einwirkung, Alles trug dazu bei, in dem sonst ruhigen und besonnenen Mann, der nie zu gewaltthätigen Handlungen ge-

Digitized by Google

neigt ſchien, eine ſolche Verirrung des Geiſtes zu erzeugen, daß er die Frau, welche ihm mit duldender Hingebung und Sorgſamkeit als treue Gattin zur Seite ſtand, und die innig geliebten Kinder, wie ſie in ſanftem friedlichem Schlafe vor ihm lagen, grauſam und fühllos zu morden ſuchen konnte, um abergläubiſchen, überſpannten Ideen Genüge zu leiſten. Am Strafbarſten erſcheinen aber die Menſchen, welche, um äußern Gewinnes willen, das häusliche Glück einer Familie zerſtörten, und den thörichten Aberglauben nährten, um daraus Vortheil zu ziehen. —

Rüßlin.

III.

Zu L.R.S. 286.

Bei einer Eheſcheidung auf wechſelſeitige Uebereinkunft überbrachten die Ehegatten in der letzten Tagfahrt nach Anleitung des Landrechtſatzes 286 eine beglaubte Abſchrift der 4 Protokolle, welche ihre wechſelſeitige Einwilligung enthalten, und alle Belege, welche den Protokollen beigefügt waren, alſo die Vermögens-Aufnahme, die nach Landrechtſatz 280 nöthige Uebereinkunft und die durch Landrechtſatz 280 vorgeſchriebenen Scheine. Iſt dieß nach unſerer Organiſation und bei unſerem Verfahren nothwendig? — Dieſe Frage wird gewiß verneint werden müſſen. Zwar ſagt weder das Einführungsedikt noch ein ſpäteres Geſetz etwas hierüber, aber es wäre die Vorſchrift nicht nur eine leere zweckloſe Formalität, ſondern ſie würde auch mit den übrigen Beſtimmungen des Geſetzes nicht in Einklang zu bringen ſein, und ſie paßt offenbar zu unſerm Verfahren nicht.

Nach dem Code civil müſſen die Ehegatten, welche eine Scheidung auf wechſelſeitige Uebereinkunft nachſuchen, 2 Notäre mitbringen, a 281, in die Hände dieſer Notäre werden ſämmtliche Urkunden und Scheine niedergelegt, a 283, und die Notäre nehmen das Protokoll auf, welches dann nebſt ſämmtlichen Belegen und Aktenſtücken von dem Aelteſten unter ihnen aufbewahrt wird, a 284. Da das Gericht ſonach keine Akten beſitzt, mußte nothwendig angeordnet werden, daß die Parteien bei ihrem letzten Erſcheinen ſämmtliche Urkunden von den Notären erheben und nebſt einer Ausfertigung der 4 Notariats-Protokolle dem Richter vorlegen, damit dieſer prüfen kann, ob die geſetzlichen Schritte eingehalten und die Förmlichkeiten beobachtet worden ſind.

Ganz anders verhält es ſich bei uns. Schon in der Ueberſetzung wurde bei Landrechtſatz 283 die Beſtimmung, daß die Urkunden und Belege den Notären übergeben werden ſollen, dahin abgeändert, daß dieſelben in die Gerichtscanzlei zu hinterlegen ſeien, und wenn Landrechtſatz 284 deſſenungeachtet vorſchreibt: „die Urſchrift des Protokolles bleibt bei dem älteſten von den beiden Staatsſchreibern, ſo wie die vorgebrachten Beweisurkunden“, ſo liegt hierin ein Widerſpruch, der nur auf einem Verſehen und Vergeſſen der kurz vorher gemachten Abänderung beruhen kann, was um ſo mehr anzunehmen iſt, als Brauer in ſeinen Erläuterungen nichts hierüber bemerkt, während er ſonſt zu jeder Abweichung von dem Texte den Grund angibt. Wenn aber das 2. Einführungsedikt in Nr. 12 beſtimmt: „das ganze in Satz 275 bis 294 beſchriebene Verfahren bei der Eheſcheidung auf wechſelſeitige Einwilligung mit Ausnahme der Fällung des Urtheils, wird von dem Beamten unter Zuzug ſeines Aktuars geleitet. Die Gegenwart und Beiwirkung von Staatsſchreibern unterbleibt hier, ſo wie bei allen vor Amt vorgehenden proceſſualiſchen Verhandlungen.“ — ſo ſieht man wahrlich nicht ein, wie die Vorſchrift des Landrechtſatzes 286 unverändert ſtehen bleiben konnte. Wozu ſoll die Ueberreichung beglaubter Abſchriften der Protokolle dienen, wenn das Gericht die Urſchriften bereits in Händen hat? oder ſind unſere Regiſtraturen etwa nicht angefüllt genug, daß man die Akten auch noch in duplo aufbewahren muß? Wenn die Parteien die Urkunden und Scheine von dem Amt zurückfordern, um ſie bei ihrem letzten Erſcheinen wieder vorlegen zu können, ſo iſt dieß eine leere Förmlichkeit ohne Sinn und Zweck; wenn ſie aber auch von dieſen beglaubte Abſchriften fertigen laſſen, ſo iſt dieß eine unnütze Ausgabe, und dient nur dazu, die Ueberſicht der Akten zu erſchweren. Dennoch wird es nicht ſelten ſo gehalten, weil die Erfüllung aller Förmlichkeiten bei derartigen Eheſcheidungen ſo ſtreng vorgeſchrieben ſind, daß man es nicht wagt, eine derſelben bei Seite zu ſetzen, und deßhalb lieber zu viel thut.

Das Geſetz will zwar die Eheſcheidung auf wechſelſeitige Einwilligung erſchweren, ſchreibt deßhalb viele Förmlichkeiten vor, und verlangt deren genaue Beobachtung bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Verfahrens, Landrechtſatz 289; es geſchieht dieß aber nur um Mißbräuche zu verhüten, und um zu verhindern, daß das Band der Ehe nicht leichtſinnig, ohne genügenden Grund gelöst werde. Hiezu kann die Vorſchrift, um welche es ſich hier handelt, nicht dienen, durch Beobachtung derſelben wird weder die Beharrlichkeit der Einwilligung beurkundet, noch die Unerträglichkeit des Ehebandes dargethan, noch endlich gezeigt, daß das Verlangen der Auflöſung nicht durch die Laune des Augenblicks hervorgerufen ſei, wie dies Brauer Bd. I. pg. 213. mit Recht von den übrigen Formen behauptet. Es wird daher die Vorſchrift als mit unſerem Prozeßgang unvereinbarlich und durch das 2. Einführungsedikt wenigſtens mittelbar aufgehoben betrachtet werden können. Immerhin aber wäre zu wünſchen, daß die Beſtimmungen des Landrechts, welche nur das Verfahren betreffen, in dieſer wie in mancher andern Lehre unſerer Organiſation und unſern Einrichtungen mehr angepaßt würden.

Rüßlin.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe den 2. April 1842.

I.

Juristische Litteratur.

Von Mittermaier erschien wieder eine litterarische Arbeit, die nicht nur für die Strafrechtswissenschaft im Allgemeinen, sondern auch für unser Partikularrecht, insofern nämlich der den Ständen vorgelegte Strafgesetzentwurf Gesetzeskraft erlangt, von Wichtigkeit ist.

Die Schrift führt den Titel: „Die Strafgesetzgebung „in ihrer Fortbildung, geprüft nach den Forderungen „der Wissenschaft und nach den Erfahrungen über den „Werth neuer Gesetzgebungen, und über die Schwie„rigkeiten der Kodifikation, mit vorzüglicher Rücksicht „auf den Gang der Berathungen von Entwürfen der „Strafgesetzgebung in konstitutionellen Staaten. Erster „Beitrag. (Heidelberg bei K. Winter 1841.)"

Nach einem allgemeinen Rückblicke auf die Bedeutung der Strafgesetzgebung und ihr Verhältniß zu den Fortschritten der Menschheit, auf die Kodifikation am Ende des vorigen und am Anfang des jetzigen Jahrhunderts, und auf die Entwicklung der Strafgesetzgebung in den Jahren 1813—1838 durchgeht der Verfasser die neuen Strafgesetzbücher von Sachsen, Würtemberg, Braunschweig und Hannover, so wie die Entwürfe für Baden und Hessen, welch' letzterer inzwischen ebenfalls zum Gesetz erhoben wurde. Bei allen diesen Gesetzbüchern und Entwürfen ist vergleichend gezeigt, worin sie Fortschritte zum Bessern enthalten und worin sie zurückgeblieben sind. Was insbesondere den neuen Badischen Entwurf betrifft, so vertheidigt ihn der Verfasser gegen verschiedene im J. 1840, in einigen Druckschriften darauf gemachte Angriffe, insbesondere hinsichtlich der Ausdehnung des richterlichen Ermessens (bei vorhandenen Milderungsgründen selbst unter das vom Gesetze gedrohte Minimum herabzugehen, in sehr vielen Fällen selbst zwischen bürgerlichen und peinlichen Strafarten zu wählen, u. d. g.), — hinsichtlich der Bestrafung der Amtsverbrechen, der politischen Verbrechen ꝛc. Im Uebrigen stellt der Verfasser die Grundzüge des Entwurfs dar, und die Art, wie derselbe im J. 1840 in der Kommission der 2. Kammer und in dieser selbst berathen wurde, und was die Hauptrichtung bei diesen Berathungen war.

Hierauf folgt Einiges über die Fortbildung der Gesetzgebung in Frankreich. Das System der von den Geschwornen unbestimmt zu ermessenden circonstances atténuantes erscheint zwar, solang die harten Strafandrohungen nicht selbst gemildert werden, als nothwendig, hat aber große Nachtheile in seinem Gefolge. Auch über die Gesetzgebung in Holland und Belgien, in England, Nordamerika, Italien, in der Schweiz, in Dännemark, Schweden und Norwegen enthält die Schrift sehr interessante Mittheilungen.

Die allgemeine Kodifikationsfrage beleuchtet der Verfasser in 4 verschiedenen Richtungen: I. In Bezug auf eine genaue Bezeichnung des Thatbestands der einzelnen Verbrechen. Hier zeigt der Verfasser, daß, wenn gleich nicht bei allen, denn doch bei vielen Verbrechen eine vollständige Begriffsbestimmung nothwendig sei, wenn der Bürger wissen soll, unter welchen Voraussetzungen eine Handlung als Verbrechen bestraft werde. II. Sodann sind allgemeine Sätze über Anwendung der Strafgesetze nöthig. Der Verfasser findet zwar unnöthig, die Bedingungen der Strafanwendung überhaupt gesetzlich festzusetzen; dagegen hält er (wenigstens wo ständige Richter urtheilen) die Bestimmung der Aufhebungsgründe der Zurechnung für unerläßlich, und eben so die Bestimmung

Digitized by Google

über die Strafanwendung in dem Falle, wenn nicht alle zur Erkennung der vollen Strafe nothwendigen Voraussetzungen vorhanden sind (bei Versuch oder Hülfeleistung), u. d. g. — III. Bestimmungen über die zulässigen Strafarten und deren Vollziehung, sowie IV. über die Größe derselben (Strafandrohungen) sind in allen Fällen unvermeidlich. Hier ist nach der Gerechtigkeitstheorie, welcher der Verfasser huldigt, die Größe der Verschuldung bei den einzelnen Verbrechen und dann das dazu im Verhältniß stehende Strafübel zu bemessen. Zur Widerlegung eines dem Badischen Entwurfe gemachten Vorwurfs zeigt hier der Verfasser, daß und wie weit die Strafdrohungen nicht nur nach einem objektiven, sondern auch nach einem subjektiven Gesichtspunkte bemessen werden sollen.

Der Verfasser spricht hierauf von den Schwierigkeiten der Kodification in constitutionellen Staaten, und zwar in Bezug auf die Berathung in den einzelnen Kammern (als gemischten Versammlungen) selbst, sodann in Bezug auf die Verständigung zwischen den beiden Kammern unter sich und mit der Staatsregierung. (Diese Schwierigkeiten haben wir in Bezug auf unsern Strafgesetzentwurf bereits zum Uebermaße kennen gelernt, und sie sind noch nicht vorüber.) Der Verfasser macht aufmerksam, wie man bei Benützung der Verhandlungen über ein Gesetz für dessen Auslegung vorsichtig sein müsse, und wie sehr man fehle, wenn man jede in den Verhandlungen ausgesprochene und nicht ausdrücklich widersprochene Ansicht, komme sie von der Regierung oder von einzelnen Kammermitgliedern, oder sei sie auch in Kommissionsberichten enthalten, für eine gemeinschaftliche Ansicht aller 3 Faktoren der Gesetzgebung halte. Die Schrift enthält hierauf eine Darstellung des Verhältnisses des Strafgesetzbuchs zu der Polizeistrafgesetzgebung in den verschiedenen Ländern, und eine Widerlegung der Vorwürfe, die man dem Badischen Entwurfe wegen angeblicher zu großer Ausdehnung der richterlichen Strafgewalt machte. Der Verfasser beklagt, daß der im Jahr 1835 den Kammern vorgelegte Entwurf, welcher die polizeiliche Strafgewalt auf 5 Tage Gefängniß beschränkte, nicht zu Gesetzeskraft gelangte. Im Großherzogthum Hessen ist durch die Verordnung vom 6. Juni 1832 die Untersuchung und Bestrafung aller Polizeiübertretungen den Gerichten übertragen. Der Verfasser widmet nun noch den Betrachtungen über das richterliche Ermessen einen eigenen Abschnitt, (§. 25). Nach seinem Strafrechtsprincipe hält er einen weiten Spielraum für das richterliche Ermessen für unerläßlich, damit bei der so großen Verschiedenheit der Umstände in jedem einzelnen Falle die wirklich verschuldete Strafe erkannt werden könne. Er billigt deshalb auch die (vom Badischen Entwurf gegebene) Befugniß des Richters, die mit peinlichen Strafen verbundenen Ehrenfolgen, die er schon im Allgemeinen beschränkt wissen will, in einzelnen Fällen (wegen subjektiver Strafminderungsgründe) auszuschließen, welche richterliche Befugniß schon gemeinrechtlich durch den Reichsabschluß von 1668 festgestellt war, so wie auch die Constitutio criminalis Theresiana v. 1769 Art. 10. §. 5. (für Oesterreich) dem richterlichen Ermessen überließ, „ob der Thäter gestalter Sachen der Ehre verlustig zu erklären sei oder nicht.“ (Auch wenn der §. 18 des Bad. Entwurfs wegfällt, so gibt derselbe dem Richter jene Befugniß gleichwohl noch indirekt in allen Fällen, in welchen er peinliche und bürgerliche Strafe neben einander alternativ droht.)

Am Schlusse der Abhandlung ist noch von dem Verhältnisse der Begnadigung zur Gesetzgebung und zum Richteramt die Rede. Wenn es gleich Zweck der Gesetzgebung ist, zu bewirken, daß den Verbrecher jedesmal die im einzelnen Falle wirklich verschuldete Strafe treffe, so ist es doch nicht möglich, für die unendliche Verschiedenheit der Fälle vollständig Fürsorge zu treffen, und das richterliche Ermessen muß, wenn es nicht in schrankenlose Willkühr ausarten soll, doch seine, nach den gewöhnlich (oder doch noch häufig) vorkommenden Fällen bemessenen Grenzen haben. In ausserordentlichen Fällen, wo das dermaßen begrenzte richterliche Ermessen nicht hinreicht, auf das dem wahren Verschulden entsprechende Strafmaß herabzugehen, muß die Begnadigung nachhelfen; aber eine heillose Ansicht ist es, wenn mitunter die Herabsetzung des Minimums einer Strafandrohung, wie sie noch häufig vorkommenden Verhältnissen entspräche, deswegen bekämpft wird, weil dadurch das Begnadigungsrecht geschmälert werde, als wenn der Gesetzgeber vorsätzlich ungerecht sein müßte, daß man Stoff für die Begnadigung erhalte, daß nämlich durch die Begnadigung das in der Strafandrohung liegende Unrecht wieder gut gemacht werden könne!!

Der Name des Verfassers der vorliegenden Schrift macht es überflüssig, dieser Anzeige die Versicherung beizufügen,

Digitized by Google

daß die Leser darin eine Menge schöner Ideen aus dem Gebiete des Strafrechts und eine Menge interessanter Notizen über die Strafgesetzgebung vieler Länder finden werden.

Die Red.

II.

Frage.

Gegen welche Interessenten ist die Klage des beschwerten Miterben auf Umstoßung einer Theilung in den Fällen des Landrechtsatzes 887 zu richten?

Seit einigen Jahren haben sich die Theilungsprozesse sichtbar vermehrt; es werden häufig Erbtheilungen, bei welchen Minderjährige betheiligt waren, wegen Nichtbeobachtung der im Landrechtsatz 466 vorgeschriebenen Förmlichkeiten als nichtig angegriffen; wie denn auch diese Theilungen, wo sie ohne richterlichen Auftrag von den Amtsrevisoraten, wenn auch mit nachgefolgter Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde geschehen, nur als fürsorgliche für die minderjährige Erben stets revokable Theilungen in den auf eine endliche Erbtheilung gerichteten Klagen erklärt werden wollen.

Auf die allerdings früher so häufig vorgekommenen Verletzungen der zum Rechtsschutze der Minderjährigen eingeführten heilsamen Förmlichkeiten, welche das Landrecht vorschreibt, hat eine geläuterte Theorie, wie sie sich für die vorliegende Materie in den Blättern für Justiz und Verwaltung Jahr 1841. S. 399 entwickelt findet, aufmerksam gemacht.

Mit einem dort aufgestellten Hauptsatze ist man jedoch in Hinblick auf die Organisation der badischen Theilungsbehörden und in gerechter Besorgniß über die aus jenem Satze abfließenden der Rechtssicherheit bedrohenden Folgen nicht allgemein einverstanden. Es ist dies der Satz, daß eine von dem Amtsrevisorat ohne Mitwirkung des Gerichts vorgenommene wenn auch mit den sonstigen Förmlichkeiten versehene Theilung, keine gerichtliche Theilung im Sinne des Landrechtsatzes 831, somit für die Minderjährigen nur eine fürsorgliche, und in dieser Eigenschaft jederzeit widerruflich und der Klage auf Endtheilung ausgesetzt sei.

Eine Andeutung, daß nach unserer Organisation die vom Amtsrevisorat beendigte Theilung, bei welcher die übrigen Förmlichkeiten (innere Erfordernisse ꝛc.) eingehalten worden, der gerichtlichen Theilung des französischen Rechts gleich zu achten, und als für alle Erben verbindlich aufrecht zu erhalten sei, findet sich im Magazin der Geschäfts- und Gesetzeskunde für Staatsschreiber 1842. Nr. 1. und in dem dort allegirten Handbuch von Baurittel.

Wohlthätig wird die oben angeführte theoretische Forschung in jeder andern Beziehung wirken; es werden für die Zukunft die vielen Klagen über die Hintansetzung der vom Gesetz in Schutz genommenen Interessen der Minderjährigen und deren das Rechtsgefühl entrüstenden Verkürzungen aufhören; das Gesetz wird in die Wirklichkeit übergehen.

Mehrere Wahrnehmungen in Klagen auf Theilung und Theilungsumstoßung und den darauf erlassenen richterlichen Verfügungen veranlassen die Frage:

„Wer ist in diesen Prozessen Kläger und wer ist Beklagter?"

In dem einen Fall haben 5 Erben die Klage auf Theilung des in einem geschlossenen Hofgute bestehenden elterlichen Nachlasses, in dessen alleinigem Besitz ein Sohn angeblich in Folge einer Vermögensübergabe sich befindet nicht nur gegen diesen Besitzer, sondern auch gegen die zwei andern Miterben (Kinder), die sich der Klage nicht anschließen wollten, gerichtet; das Amt verwarf die Klage als unstatthaft, insofern sie die zwei letztgenannten Erben mitbelangt hatte — aus dem Grunde (2), weil diese den Nachlaß nicht im Mitbesitze haben und sie nur als Kläger hätten an dem Streite Theil nehmen und in dieser Eigenschaft ihre Rechte ebenfalls in Anspruch nehmen können.

In der Klage war übrigens zu ihrer rechtlichen Würdigung schon angeführt, daß, wer als Miterbe in einem Theilungsprozesse nicht Kläger sei, nothwendig Beklagter sein müsse (Judicium Suplex).

Die zweite Klage, angestellt von vier Erben gegen zwei Miterben, welche den Nachlaß (zwei geschlossene Hofgüter) jeder eines derselben bei der Theilung übernommen hatten, verlangte die Nichtigerklärung und Umstoßung der Theilung;

1) wegen Mangel ihrer Eigenschaft als gerichtliche Theilung, bei welcher Minderjährige konkurrirten mit Bezug auf die oben citirte Abhandlung.

2) Wegen Verkürzung über ein Viertheil, weil der Anschlag der Hofgüter unter der Hälfte des wahren Werths stehen geblieben sei.

Eine so eingerichtete Klage ist als unstatthaft zu verwerfen. *)

Die Motivirung dieser Entscheidung dürfte in folgenden Sätzen zu finden sein:

1) Eine Klage auf Umstoßung einer Erbtheilung ist eine Klage auf Wiederherstellung der Gemeinschaft aller Miterben an dem Nachlasse.

2) Eine Klage auf Wiederherstellung ist, da sie eine eingetretene Veränderung früherer Verhältnisse, welche

*) Bei der zuletzt erwähnten (zweiten) Klage ist natürlich, wie bei der frühern, ebenfalls vorausgesetzt, daß außer den 4 Klägern und den 2 Beklagten noch weitere Erben, die sich den Kläger nicht anschließen und von diesen doch nicht mitbelangt werden, vorhanden sind.

D. Red.

Digitized by Google

wieder hergestellt werden sollen, vorausgesetzt, vermöge prozessualischer Nothwendigkeit gegen alle jene Personen zu erheben, in Bezug auf welche, sei es gerichtlich durch Urtheil oder außergerichtlich durch Vertrag, die Rechtsverhältnisse eine Veränderung erlitten haben. (formeller Grund.)

3) Eine Erbschaft ist der Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers, ein ideales und insoweit nicht theilbares Ganze (universitas juris). — Ist diese Erbschaft durch den Theilungsvertrag in bestimmte Quoten ausgeschieden, so hat sie aufgehört als ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten zu existiren, und soll nun jene Gesammtheit von Rechten und Verbindlichkeiten wieder der Art hergestellt und neu geschaffen werden, daß sie dem Rechtsbegriffe einer Universitas juris entspricht, so wird es nothwendig sein, daß alle aus ihr genommenen idealen Theile wieder zusammen geworfen, und durch diese Vereinigung aller Theile die Erbschaft als nicht getheilte Gemeinschaft, was sie früher war, zu einem rechtlichen Ganzen gebildet werde.

Wer einen Zirkel nach seinen Radien in symmetrische Theile trennt, und die durch diese Trennung verloren gegangene geometrische Figur wieder in ihre frühere Gestalt construiren will, der muß alle ausgeschiedenen Theile haben, um die vollendete Figur wieder darzustellen.

4) Daß eine Klage auf Theilung einer Erbschaft (Landrechtsatz 815) gegen sämmtliche Miterben zu richten ist, sagt auch Zachariä (III. Aufl. IV. Bd. S. 98.) ganz deutlich; die oben angeführten dem Rechtsbegriff einer Erbschaft entnommenen Gründe, sind wohl auch die hierfür anschlagenden Gründe.

Die Klage auf Theilung einer noch nicht getheilten Erbschaft begehrt die Aufhebung der Gemeinschaft, die Klage auf Umstoßung einer Theilung begehrt Wiederherstellung der Gemeinschaft und eine neue gerechte Theilung. Im Wesentlichen sind die Zwecke beider Klagen ganz dieselben, die Interessenten sind überall dieselben, die Objekte überall die nämlichen.

Der Unterschied beschränkt sich wohl darauf, daß die Theilungsklage ihren Zweck auf analytischem, die Umstoßungsklage dagegen auf synthetischem Wege verfolgt.

Die Erben sind die Repräsentanten des Erblassers; sind sie in dieser Eigenschaft belangt, so erscheinen sie nothwendig überall als Streitgenossen, da der Nachlaß nicht von den einzelnen, sondern von allen Erben zusammen vertreten wird. Schmidt.

III.

Kann eine Veräusserung eheweiblicher Liegenschaften während bestehender Ehegemeinschaft von dem einen oder andern Ehegatten oder von beiden zugleich angefochten werden, weil die Frau nicht eingewilligt habe?

Ether gegen Kraft.

Die Kraft'schen Eheleute hatten zwei Grundstücke, einen Garten und einen Bauplatz, welche angeblich von dem Vater der Frau herrührten, in öffentlicher Versteigerung zum Verkauf ausgesetzt. Ether erstand beide Liegenschaften um das Meistgebot von 100 fl. Inhaltlich des bürgermeisteramtlichen Protocolls erklärte jedoch die Kraft'sche Ehefrau gleich bei der Versteigerung, daß sie ihre Einwilligung nicht gebe, weil der Preis zu nieder sei.

Als sich der Käufer nachmals genöthigt sah, auf die Erfüllung des Vertrags zu klagen, schützte Kraft vor, daß seine Frau den Verkauf nicht genehmige; diese selbst aber erklärte blos, sie gebe den Garten nicht her. Das Amt wies hierauf den Kläger ab, welcher dagegen die Appellation ergriff. In der Beschwerdeschrift ward nun widersprochen, daß die fragl. Liegenschaften eheweibliches Eigenthum sind, und eventuell behauptet, daß Kraft zu deren Verkauf von seiner Frau beauftragt war.

Der Gerichtshof hielt jedoch nicht für nöthig, hierüber Erörterungen zu pflegen, sondern erkannte auf gesetzmäßige Verhandlung durch abänderndes Urtheil v. 13. Nov. 1841 die Beklagten für schuldig: dem Kläger die streitigen Grundstücke um die Kaufsumme von 100 fl. binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung zu überlassen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß die Beklagten zugestehen, es seien von dem beklagten Ehemann die in der Klage bezeichneten Grundstücke dem Kläger um die Summe von 100 fl. verkauft worden, sich aber zur Beseitigung des klägerschen Anspruchs darauf berufen, daß diese Grundstücke Eigenthum der beklagten Ehefrau wären, zu deren Veräusserung sie nicht eingewilligt hätte;

J. E., daß Zufolge Landrechtsatz 1428 zwar der Ehemann die eigenen Güter der Frau, ohne deren Bewilligung, nicht veräußern kann;

J. E., daß jedoch arg. Landrechtsatz 1560 der Ehemann diese von ihm geschehene Veräusserung überhaupt nicht, die Ehefrau aber nicht vor erfolgter Auflösung der Gemeinschaft anzufechten berechtigt ist;

J. E., daß es demnach auf den Beweis des Eigenthums der Ehefrau und auf ihre Einwilligung nur dann ankommen könnte, wenn von Seiten derselben die Auflösung ihrer Ehegemeinschaft behauptet worden wäre;

J. E., daß den beklagten Eheleuten auch die direkte Verfügung des Landrechtsatzes 1560 nicht zur Seite steht, weil, was den Ehemann betrifft, die Behauptung nothwendig gewesen wäre, daß er in bewidmeter Ehe lebe, und fragliche Grundstücke ehesteuerliche seien (S. 1542.); hinsichtlich der Ehefrau aber außerdem noch das schon vorhin erwähnte Merkmal (Auflösung der Gemeinschaft) hätte hinzukommen müssen, um ihrer Einsprache jetzt zur Zeit rechtlichen Werth zu verschaffen.

A. d. G. ꝛc Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe den 9. April 1842

I.

Die Grunddienstbarkeiten aus dem Gesetze, insbesondere die Durchfahrtsgerechtigkeit betreffend. Zu Landrechtssatz 682—685.

Bei Anwendung der obenerwähnten Landrechtssätze bietet sich eine größere Reihe von Streitfragen dar, als man, nach den deutlichen, schlichten und natürlichen Dictaten des Gesetzes hätte erwarten sollen. Die hauptsächlichsten derselben sollen hier kurz erörtert werden.

§. 1.

I. Kann die im Landrechtssatz 683 statuirte Durchfahrts-Gerechtigkeit für Gebäude in Anspruch genommen werden?

Nach dem wörtlichen Inhalte jenes Satzes darf der Eigenthümer eines Grundstücks, welches durchaus mittelst Anderer von der gemeinen Straße abgeschnitten ist, zu Benützung seines Feldes einen Weg über die Grundstücke seiner Nachbarn fordern.

Es weicht hier das Landrecht insoweit von dem Texte des Code civil ab, als statt des in diesem gebrauchten allgemeinen Ausdruckes „héritage" (Liegenschaftliches Gut, Toute espèce d'immeuble réel susceptible de propriété, soit fonds de terre, maisons, prés, vignes, bois, marais, étangs et cet. — Toullier droit civil T. III. Nr. 472) das Wort „Feld" gesetzt ist.

Daß eine Beschränkung der Vorschrift des Textes beabsichtigt wurde, geht zwar aus den Brauer'schen Erläuterungen zu unserem Satze nicht hervor. Letzterer lautet aber so bestimmt, daß eine andere, als eine grammaticalische Auslegung nach Maßgabe der einleitenden Landrechtssätze 6 a., 6 b. und 4 a. nicht am Platze sein würde.

Was daher auch immer dem Texte des Code in Frankreich für eine Anwendung gegeben werden mag, so kann dem Inhalte des vaterländischen Gesetzbuchs kein anderer Sinn unterlegt werden, als der, daß nur für die, der landwirthschaftlichen Cultur gewidmeten Güter eine Dienstbarkeit, wie die in Frage stehende, gefordert werden darf; und es ist eine ausdehnende Interpretation des betreffenden Satzes um so weniger zulässig, als seine Vorschrift überhaupt als Ausnahmsgesetz von der allgemeinen Regel erscheint, daß Niemand gezwungen werden soll, sein Eigenthum einem andern abzutreten; als ferner nach Landrechtssatz 544 a. schon im Zweifelsfalle zu Gunsten der Freiheit des Eigenthums von dienstbarkeitlichen Lasten zu erkennen ist. Hierzu kommt denn noch, daß der Gesetzgeber zuverläßig voraussetzen durfte, es werde Niemanden in den Sinn kommen, ein Wohngebäude auf einem Platze zu errichten, von welchem auf dem Grund und Boden des Eigenthümers selbst ein freier Zugang nach dem öffentlichen Wege nicht existirte; und daß er ebenso annehmen durfte, es werde, falls jemand durch Theilung eines früher gemeinschaftlichen Besitzthums ein Wohngebäude erwerben sollte, dieser Erwerb nicht ohne Vorbehalt eines solchen Zugangs auf dem übrigen Theile des früher zusammengehörigen Terrains erfolgen.

Hiernach kann also obige Frage nur verneint werden. (In diesem Sinne erkannte auch der oberste Gerichtshof in Sachen Schran gegen Hartmann.)

§. 2.

II. Muß der aus Satz 682 abgeleitete Anspruch nothwendig mittelst einer Klage oder kann er auch im Wege einer Einrede geltend gemacht werden?

Das Gesetz erklärt die in Frage stehende Berechtigung

Digitized by Google

durch Einreihung derſelben in den vierten Titel des zweiten Buchs ausdrücklich für eine Grunddienſtbarkeit (Vergl. Landrechtsſatz 639). Da alle Servituten mittelſt Einreden gegen Negatorienklagen vertheidigt, beziehungsweiſe angeſprochen werden dürfen, ſo fehlt es an einem genügenden Rechtsgrunde, aus welchem nicht auch die fernere Benützung eines Wegs aus dem Titel der Nothwendigkeit, auf gedachte Weiſe einredend ſollte gefordert werden können *).

Unverkennbar befindet ſich aber derjenige, welcher ſich in dem fraglichen Falle auf die Geltendmachung ſeines Anſpruchs mittelſt einer Einrede beſchränkt, häufig in einer ſchlimmern Lage, als wenn er in der Eigenſchaft als Kläger auftreten würde.

Wird nämlich der Weg (die Nothwendigkeit vorausgeſetzt) mittelſt einer Klage gefordert, ſo darf dieſe gleichzeitig gegen alle diejenigen Güterbeſitzer, über deren Grund und Boden der Weg vernünftiger Weiſe geführt werden kann, gerichtet werden. Denn es läßt ſich wohl im Allgemeinen nicht beſtreiten, daß jene Perſonen, bezüglich auf die Einräumung eines Nothwegs für den, durch ihre Güter vom öffentlichen Wege abgeſchnittenen Nachbarn, in Gemeinſchaft einer Verbindlichkeit ſtehen, daher nach §. 93 der Prozeßordnung eine Streitgnoſſenſchaft (unbeſchadet ihrer geſonderten Vertheidigung, Prozeßordnung §. 96) unter jener ſtatthaft wäre.

Argumento des Satzes 683 hat bei Beſtimmung der Direction eines Nothwegs das richterliche Ermeſſen einzutreten. Denn das Geſetz gebietet nicht categoriſch, welche Richtung einem ſolchen Wege gegeben werden ſoll. Es kann auch bei der unendlichen Verſchiedenheit der Fälle ſchon der Natur der Sache nach nicht für alle beſtimmte Vorſorge treffen. Es will neben dem Intereſſe des Wegbedürftigen namentlich auch das Intereſſe der Nachbarn möglichſt beachtet wiſſen, wie insbeſondere aus Landrechtsſatz 684 hervorgeht. Es ſagt daher nicht geradezu: „Der nächſte Weg muß jeder Zeit angewieſen werden", ſondern nur: die Durchfahrt müſſe der Regel nach auf der Seite genommen werden, welche von dem eingeſchloſſenen Grundſtücke am kürzeſten zur offenen Straße führe. — Ausnahmen werden alſo für denkbar und zuläſſig erachtet, ohne daß das Geſetz über die Fälle, in denen ſie eintreten dürfen, ſelbſt Beſtimmungen trifft. Deren Aufſuchung wird ebenſowenig dem Kläger zugemuthet und kann ihm auch nicht zugemuthet werden. Vielmehr bleibt es der Einſicht des Richters überlaſſen, nachdem er die Beklagten, und, je nach Bedarf, auch Sachverſtändige, die er bei Beſichtigung des Terrains zu Folge des §. 540 der Prozeßordnung in dem hier in Frage liegenden Falle ſogar von Amtswegen ſich beigeſellen dürfte, — gehört hat, unter Erwägung aller Verhältniſſe (Entfernung, größere oder geringere Schwierigkeit des Terrains, Koſten der Weganlage, größerer oder geringerer Kulturſtand der nachbarlichen Liegenſchaften ꝛc.) die dem Wege zu gebende Richtung feſtzuſetzen. —

Unter dieſen beſondern Umſtänden darf daher das Klagpetitum darauf ſich beſchränken, den Weg über diejenigen Güter der Beklagten und in derjenigen Richtung anzuweiſen, welchen der Richter für angemeſſen erachtet, ohne daß einer ſo beſchaffenen Klage zum Vorwurfe gemacht werden könnte, daß ſie gegen die Vorſchrift des §. 247 der Prozeßordnung anſtoße; weil von dem Kläger in der Regel ſich kein beſtimmteres, ſachgemäßes Klagbegehren ſtellen läßt.

Wird dann auf die geflogene Verhandlung die Nothwendigkeit anerkannt, und dem Kläger ein Weg angewieſen, ſo geht er immerhin als Sieger aus dem Rechtsſtreit hervor.

Anders wird ſich dagegen häufig die Sache dann geſtalten, wenn derjenige, welcher des Wegs zu bedürfen behauptet, einer Negatorienklage als Beklagter gegenüberſteht, indem er hier in der Regel nur mit einem Einzelnen ſeiner Nachbarn und über eine beſtimmte Richtung des Weges ſtreitet, der Richter aber, wenn er auch das Bedürfniß eines Wegs überhaupt anerkennt, doch, nach Erwägung der Verhältniſſe, dem Beklagten die fernere Benützung des ſpeciellen Wegs, welchen er ſeinem Kläger gegenüber geltend machte, unterſagen kann; wodurch denn der Beklagte gerade in die Nothwendigkeit verſetzt wird, zu Erlangung eines ihm erforderlichen Wegs einen neuen Rechtsſtreit und zwar als Kläger (in obgedachter Art) zu beginnen.

*) M. ſ. dagegen die oberhofgerichtlichen Jahrbücher n. F. 6. Jahrgang S. 467—465. Die Red.

Digitized by Google

§. 3.

III. Wird für ein Grundstück erst durch Trennung von andern, mit ihm bisher einem und demselben Eigenthümer gehörigen Grundstücken ein Weg nothwendig, wer hat solchen zu leiden?

Hierauf kann nur geantwortet werden, daß in einem derartigen Falle der Weg über solche Grundstücke angewiesen werden muß, welche mit dem, erst durch die Trennung von ihnen weglos gewordenen Grundstücke bisher verbunden waren. Denn Landrechtssatz 682 setzt bei seiner Bestimmung überall voraus, daß die Isolirung von der öffentlichen Straße und das Bedürfniß, einen Weg dahin zu erlangen, auf einem Nothstand beruhe, welcher nicht durch Handlungen des Eigenthümers des eingeschlossenen Grundstücks oder des Rechtsvorfahren des Erstern herbeigeführt wurde. Durch derartige Willensäußerungen der betreffenden Personen dürfen die Rechtsverhältnisse Anderer (also derjenigen Nachbarn, welche bei jenen Handlungen nicht mitwirkten, oder solche nicht zu vertreten haben) einer — jedenfalls nachtheiligen — Aenderung nicht unterworfen werden. Dieses spricht auch Landrechtssatz 1165 positiv aus. — Haben daher z. B. mehrere Erben eines mit einem Wege nach der öffentlichen Straße versehenen Gutes dieses unter sich getheilt, oder hat der Eigenthümer eines solchen Gutes einzelne Theile desselben veräußert, und es wurde durch jene Theilung oder diese Veräußerung ein Stück des ursprünglichen Ganzen von dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so beruht diese Isolirung lediglich auf Handlungen der das Erbe Theilenden oder der bei dem Verkaufe Contrahirenden. Unterließen sie, sei es aus Sorglosigkeit oder geleitet von der gewinnsüchtigen Absicht, den Werth der Güter dadurch zu erhöhen, daß von einem die bisherige Durchfahrt abgewendet, und dieselbe als Nothweg einem Nachbarn aufgebürdet werde — bei der Theilung oder Veräußerung die Anweisung eines Wegs für das abgeschnittene Grundstück, so kann hierdurch den übrigen Nachbarn kein Nachtheil erwachsen.

Diese Ansicht vertheidigt der größte Theil der französischen Rechtslehrer, insbesondere schon der Mitarbeiter am code civil, Maleville, ferner

Lassaulx Code Napoleon Bd. 3. S. 321.

Duranton cours de droit civil (ed. Bruxelles) T. III. p. 154.

Zachariä franz. Civil-Recht (4. Ausgabe) §. 246.

Ihr huldigt auch

Brauer Band I. S. 515.

Auf eine sentimentale Weise spricht sich zwar

Pardessus traité des servitudes Nr. 219.

dagegen aus. Seine Argumentation beantwortet man aber andererseits sehr schlagend:

La loi ne prête pas son secours à la mauvaise foi ou à la negligence, mais à la nécessité.

Boileux comment. T. I. p. 371 (Bruxelles).

Es ist der hier erörterte Fall offenbar eine der Ausnahmen von der Regel des Satzes 683, in welchen der Weg nicht auf der Seite genommen zu werden braucht, welche von dem eingeschlossenen Grundstücke am nächsten zur öffentlichen Straße führt.

§. 4.

IV. Kann zu Begründung des Rechts, einen bestimmten Weg zu benützen, sich auf die Verjährung berufen werden?

Diese Frage ist wohl die bestrittenste unter den französischen Rechtslehrern. Sie ist natürlicher Weise nur insofern von practischer Bedeutung, als die Ausmittelung mehr, als eines Wegs zu einem eingeschlossenen Grundstücke physisch möglich wäre.

A. Für die affirmative Beantwortung wird gewöhnlich angeführt: das Gesetz gebe im Allgemeinen einen Titel für die betreffende Wegdienstbarkeit, und es würde dann nur durch die langjährige Benützung eines bestimmten Wegs die Art und Weise festgesetzt, wie die Dienstbarkeit zu üben sei. In diesem Sinne sprechen sich namentlich Pardessus, Duranton, Zachariä am angeführten Orte und

Toullier droit civil Bd. III. Nr. 553.

aus. —

B. Negativ beantwortete obige Frage Lassaulx und Bazeille.

Ersterer sagt in seinem Commentare (Band. III. S. 325):

Digitized by Google

„Jeder Uebergang, der nicht Kraft eines Titels stattfinde, sei blos precär, und hindre, wie lange er auch ausgeübt worden sein möge, den Eigenthümer, der ihn gelitten habe, nicht, sich, insofern keine absolute oder relative Nothwendigkeit in Hinsicht auf ihn vorhanden sei — demselben zu entziehen; sofern aber diese Nothwendigkeit vorliege, die Schranken der Servitut und die Entschädigung bestimmen zu lassen."

„Als Titel in obigem Sinne sei nur die Stiftungsurkunde, oder das Urtheil oder jeder andere Act, wodurch der Fall der Nothwendigkeit anerkannt, und deshalb der Uebergang in den Schranken des Bedürfnisses gestattet worden, zu betrachten."

Ausführlicher und mit Versuch, zu Widerlegung der Gründe der Gegner, äußert sich

Vazeille traité des prescriptions. S. 172.

dahin:

„Möge die Wegdienstbarkeit aus dem Gesetze oder aus einem Vertrage abgeleitet werden so habe sie immer die Natur einer unständigen. Auf erstere sei also der Satz 681 anwendbar. Wenn man behaupten wolle, Satz 682 selbst sei ein Titel für die nothwendige Dienstbarkeit und es dürfe durch den Besitzstand die Ausübung erwiesen werden, so wäre dieses nur dann richtig, wenn das Gesetz die Dienstbarkeit unmittelbar auferlegte, wenn es sie selbst in Anwendung brächte, wenn es auf den Grundstücken die Punkte bezeichnete, über welchen ein Weg zu nehmen sei. Allein das Gesetz handle nicht, es beschränke sich darauf, anzuordnen, zu erlauben, zu verbieten. Es gebe nur die Befugniß, eine Dienstbarkeit gegen Entschädigung zu begehren. Das Recht, etwas zu verlangen, sei aber noch nicht die Erwerbung selbst. Um in Gemäßheit des Satzes 682 zu erwerben, müsse man erst noch seinen Willen erklären, und sich entweder mit seinen Nachbarn nach Andeutung der Sätze 683 und 684 darüber verständigen, wer von ihnen den Weg zu leiden habe, über welche Punkte ihrer Grundstücke der Weg sich hinziehen solle, und welche Entschädigung für Gestattung des Wegs zu leisten sei; — oder man müsse über diese Fragen richterliche Entscheidung erwirken. Jene Uebereinkunft oder dieses Urtheil müsse urkundlich constatirt werden, und diese Urkunde sei dann der Titel der Dienstgerechtigkeit.

Behaupten zu wollen, daß eine dreißigjährige Uebung unterstellen lasse, es habe das erwähnte Verfahren stattgefunden, hieße die Verjährung an den Platz des Titels setzen. Dem stehe aber die allgemeine Vorschrift des Satzes 695 entgegen, und die specielle Bestimmung über die Weggerechtigkeit für eingeschlossene Grundstücke beschränke nicht nur nicht jene Vorschrift, sondern setze die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über unständige Dienstbarkeiten voraus. Denn in der Besorgniß, man könne glauben, daß jenes Verbot auch die Entschädigungsforderung betreffe, habe der Gesetzgeber, obwohl derartige Forderungen schon ihrer Natur nach als verjährbar erscheinen, sich veranlaßt gesehen, im Satz 685 noch ausdrücklich zu erklären, daß sie der Verjährung unterliegen, daß aber auch dann, wenn die Entschädigungsklage verjährt sei, die Benützung des Wegs fortgesetzt werden dürfe. Bei dieser Bestimmung habe nun das Gesetz sich keines Ausdrucks bedient, der nur irgend darauf schließen ließe, daß hinsichtlich des Verbots, eine unständige Dienstbarkeit durch Verjährung zu erwerben, eine Abweichung von den übrigen gesetzlichen Normen getroffen werden wollte. In einem Falle, in welchem (zu Gunsten der Einwohner eines Dorfs) eine Ausnahme von dem Satze 691 statuirt werden wollte, nämlich bei der (ebenfalls unständigen) Wasserschöpfgerechtigkeit, habe sich der Gesetzgeber in Satz 643 bestimmt ausgesprochen. Er sanctionire dort eine bestehende Ausübung, und lasse Ausübung und Entschädigung mit einander verjähren, während in den Sätzen 682 und 685 weder von Bestätigung einer bestehenden Ausübung, noch vom Erwerbe durch Ausübung die Rede sei, vielmehr nur vom Rechte zum Begehren der Einräumung einer Dienstbarkeit und von Verjährung der Entschädigung im Gegensatze zur Weggerechtigkeit selbst, welche nicht durch Verjährung erworben werden könne.

Hätte eine Ausnahme von dem letzterwähnten Verbote gemacht werden sollen, so würde eine ausdrückliche Bestimmung um so nothwendiger gewesen sein, als der Besitz eines nothwendigen Wegs ebenso zweideutig und die Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen hier ebenso groß, als bei jeder andern unständigen Dienstbarkeit seien.

C. Die negative Beantwortung obiger Frage dürfte sich auch aus folgenden Gründen rechtfertigen lassen.

Digitized by Google

1) Landrechtſatz 639 theilt die Grunddienſtbarkeiten nur mit Rückſicht auf ihren Entſtehungsgrund in verſchiedene Claſſen, ohne dabei die aus der Art ihrer Ausübung ſich ergebenden charakteriſtiſchen Unterſcheidungsmerkmale aufzuheben. Die Benützung eines jeden Weges aus Dienſtbarkeit, mag der Entſtehungsgrund der Letztern worin immer gefunden werden, iſt ihrer Natur nach eine unſtändige Dienſtbarkeit, da ſie zu ihrer Ausübung der Beiwirkung eines Menſchen bedarf.

2) Die Dienſtbarkeit aus dem Satze 682 unterſcheidet ſich von andern unſtändigen Dienſtbarkeiten hauptſächlich nur dadurch, daß ihre Erwerbung mittelſt Zwangs gegen die Nachbarn geſchehen kann, während andere unſtändige Dienſtbarkeiten nur durch Vergünſtigung der Eigenthümer der dienenden Grundſtücke entſtehen dürfen.

Der Satz 682 gibt ein Recht, die Einräumung einer Dienſtbarkeit zu fordern.

3) Dieſe Forderung mag zwar gerichtlich oder außergerichtlich geſchehen können. Eine außergerichtliche Forderung iſt jedoch nur inſoweit von Belang als eine ausdrückliche Willfahrung von Seite des Eigenthümers des praedium herviens erfolgt.

In dieſem Falle läßt ſich aber das Nachgeben auf die Forderung ohne Abwartung einer richterlichen Procedur, auch ganz wohl als eine „Vergünſtung", alſo als ein für jede unſtändige Dienſtbarkeit zuläſſiger Erwerbgrund anſehen. Denn ſo lange ein verurtheilendes richterliches Erkenntniß nicht vorliegt, fehlt immer die abſolute Gewißheit, ob ein Solches ergangen ſein würde.

4) Wurde blos der Weg benützt, ohne daß eine ausdrückliche Bewilligung oder ein Widerſpruch ſtatt fand, ſo kann es zwar denkbarer Weiſe Umſtände geben, unter denen ſich vermuthen läßt, der Widerſpruch ſei unterblieben, weil der Duldende, Angeſichtes des Geſetzes, vorausgeſehen habe, ſein Widerſpruch werde, falls es in Folge deſſelben zu einer gerichtlichen Verhandlung komme, ihm nicht frommen. Allein dieſe Unterſtellung iſt nirgends geſetzlich ſanctionirt. Es iſt jenes bloße „Geſchehen laſſen" kein dem Landrechtſatz 695 entſprechendes Anerkenntniß.

5) Der 20. Titel des III. Buchs des Landrechts, welcher von der Verjährung handelt, enthält keine ausdrückliche oder analoge Beſtimmung über Erwerb der Dienſtbarkeiten durch Verjährung. Es iſt daher auf letztere Gattung von Rechten der Landrechtſatz 2264 anwendbar, wornach die Regel der Verjährung für andere, als die in dem zuvor erwähnten Titel angeführten Gegenſtände, unter ihren eigenen Titeln geſucht werden ſollen.

Für den in Frage ſtehenden Fall müßte daher der von den Servituten handelnde Titel die Entſcheidungsquellen enthalten.

Betrachtet man nun die betreffendr Weggerechtigkeit als unſtändige Dienſtbarkeit, ſo wäre über die Möglichkeit ihres Erwerbs durch Verjährung Satz 791 entſcheidend. Will man dieſen aber nicht als maaßgebend erachten, ſo kann von einem ſolchen Erwerb, wenn auch nur eine beſtimmte Richtung des Wegs durch Verjährung feſtgeſtellt werden ſollte, deßhalb die Rede nicht ſein, weil in dem ſpeciellen Abſchnitte über die aus dem Geſetze abgeleitete Durchfahrts-Grrechtigkeit dem Beſitze und der ſtattgehabten Benützung eines Wegs durchaus keinerlei rechtliche Wirkung eingeräumt ſind; und, was kein Satz des Geſetzes geradrzu oder folgeweiſe ſagt, nach Landrechtſatz 6b nicht Rechtens iſt.

Höchſtens könnte man demnach etwa noch ſagen. Inſoweit, als das richterliche Ermeſſen überhaupt bei Anweiſung eines beſtimmten Wegs einzutreten hat, mag der Richter den Umſtand, daß ſchon ſeit einer langen Reihe von Jahren ein Weg von einer gewiſſen Direction benützt wurde, bei ſeinem Ausſpruchr mit in Erwägung ziehen. Es iſt dieſes aber kein Rechtsgrund, aus welchem die Fortdauer der Benützung des nämlichen betreffenden Wegs von dem eines Nothwegs überhaupt Bedürftigen gefordert werden darf *).

§. 5.

V. Von welchem Zeitpunkte beginnt die in Landrechtſatz 685 erwähnte Verjährung der Entſchädigungs-Forderung?

Die Beantwortung dieſer Frage ſteht in nothwendiger Verbindung mit Jener der vorigen Frage.

Erachtet man den Erwerb des Rechts, zu Benützung eines beſtimmten Wegs, für bedingt durch Einholung eines richterlichen Erkenntniſſes oder durch Uebereinkommen (unbeſchadet der ſtellvertretenden Vorſchrift des Satzes 695.), ſo läßt man die Verjährung der Entſchädigungs-

*) Man Vergl. die oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. V. S. 308 u. 309, VI. S. 46. ꝛc., Annalen 1840. (Beiblatt S. 11.), 1841. S. 77. u. ff. D. Red.

Digitized by Google

Forderung erſt mit dem Tage des Eintritts einer jener Vorausſetzungen beginnen; weil in dieſem Falle erſt von genanntem Tage an das vom Geſetz nur allgemein gegebene Recht, einen Weg zu fordern, durch Anſpruch und Zuerkennung eines beſtimmten Wegs für denjenigen, der eines ſolchen bedarf, wirkſam geworden, und er auch erſt von dieſem Tage an zur Gegenleiſtung (der Entſchädigung) verpflichtet iſt.

Dagegen ſind

Pardessus S. 202 (ed Brux 1841.)
Duranton III. S. 157.
Maleville zu Art. 85.
Boileux T. I. S. 373.

der Anſicht, daß die Verjährung der Entſchädigungs-Forderung mit dem Tage beginne, an welchem der Weg erſtmals benützt wurde. Als Grund hiefür geben ſie an: das Geſetz conſtituire von jenem Tage an für denjenigen, der eines Wegs bedürfe, die Weg-Dienſtbarkeit; und eben dadurch gewähre es auch dem Nachbarn, über deſſen Gut der Weg genommen werde, die Möglichkeit, eine Entſchädigungsklage zu erheben.

Hiergegen dürfte ſich nun, abgeſehen von dem ſchon im vorigen §. Erörterten, erinnern laſſen, daß obige Argumentation der Conſequenz zu entbehren ſcheint. Die Entſchädigungspflicht iſt nämlich Folge des Erwerbs der Dienſtgerechtigkeit. Das Recht, eine Entſchädigung zu fordern, iſt Folge der aufgebürdeten Pflicht, einen Weg zu geſtatten. Wenn nun das Geſetz nur das Recht gewährt, einen Weg zu fordern, nicht aber da, wo mehrere Wege phyſiſch möglich ſind, ein Recht auf einen beſtimmten Weg einräumt, und wenn (nach der im vorigen §. erwähnten Theorie derer, welche eine Verjährung für zuläſſig erachten) das Recht auf fernere Benützung eines beſtimmten Wegs da, wo weder Urtheil, noch Vertrag vorliegt, erſt durch den Ablauf der zur Verjährung erforderlichen Zeit als erworben betrachtet werden ſoll; wenn alſo derjenige, welcher noch nicht volle 30 Jahre die Benützung eines gewiſſen Wegs auf ſeinem Grund und Boden geduldet hat, durch dieſe Duldung noch nicht als zur Servitut in der bisherigen Uebungsart verpflichtet erſcheint, — ſo kann er doch wohl auch innerhalb der erwähnten Zeit eine Entſchädigungsforderung nicht geltend machen, — es ſei denn, daß er eine Pflicht zu Duldung der Dienſtbarkeit anerkennen wollte. — Erſt mit Ablauf des dreißigſten Jahrs wird der vorher precäre und der Aenderung unterliegende factiſche Zuſtand zu einem Rechtsſtande. Conſequenter Weiſe ſollte daher, außer dem Falle eines frübern freiwilligen Anerkenntniſſes, die Verjährung der Entſchädigung erſt mit dem Tage beginnen, an welchem, wie bemerkt, die rechtliche Verpflichtung zu fernerer Duldung des Wegs eingetreten wäre. Als eine Abnormität ſonder Gleichen müßte es dagegen erſcheinen, wenn man den Beſitzer eines Grundſtücks, welcher auf dieſem ohne Widerſpruch, etwa aus bloßer nachbarlicher Gefälligkeit, dem Eigenthümer des neben angelegenen Gutes ſeinen Durchgang nehmen ließ, in die Alternative ſetzen wollte, entweder innerhalb der erſten 30 Jahre von Anfang der Benützung des Wegs ſich als zu einer Dienſtbarkeit verpflichtet zu erklären und Entſchädigung hiefür zu verlangen, oder nach Umlauf der 30 Jahre, wenn die Benützung als ein, durch den Zeitablauf gewonnenes Recht angeſehen wird, der Entſchädigung für die Belaſtung ſeines Grundſtücks verluſtig zu ſein.

Inconſequent mußten ſich die Vertheidiger der im vorigen §. gewürdigten Verjährungstheorie, in ihrem Streben, den eines Nothwegs bedürfenden mehr, als das Geſetz ſelbſt es will, zu begünſtigen, bei dem hier in Frage liegenden Falle deßhalb werden, weil bei conſequenter Durchführung der Theorie ihre ebenerwähnte Abſicht ſich nicht erreichen ließ, da wohl in den ſeltenſten Fällen der Zeitpunkt genau würde ermittelt werden können, in welchem die Verjährung der Entſchädigung als begonnen und vollendet zu betrachten wäre. Schwerlich werden Urkunden über den Anfangstag der Benützung eines Wegs gefertigt und Zeugen müßten für einen Zeitraum von ſechzig Jahren beigebracht werden, wenn durch ſie nicht nur die Verjährung des Wegrechts, ſondern auch die Verjährung der Entſchädigungsforderung erwieſen werden ſollte.

Gerade dieſe Inconſequenz dürfte einen neuen Beleg für die Unhaltbarkeit der aufgeſtellten Theorie über Verjährung der Wegrechte ſelbſt bilden.

§. 6.

An die im vorigen §. erörterte, und zum Theile auch an die in §. 4 behandelte Frage (ſo fern man nämlich auch rückſichtlich der Benützung eines beſtimmten Wegs

Digitized by Google

die Verjährung als möglich hält) reiht sich die weitere an:

VI. Darf bei Berechnung der zur Verjährung erforderlichen Zeit auch diejenige mit berücksichtigt werden, welche vor Einführung des Civilgesetzbuchs umfloß?

Die französischen Schriftsteller, welche auf diese Frage überhaupt eingehen, bejahen dieselbe, so weit mir bekannt, wie z. B.

Duranton 1. c. S. 157.

Gleichwohl scheint mir, wenigstens nach dem Stande der badischen Gesetzgebung, nur eine negative Antwort sich rechtfertigen zu lassen.

Betrachtet man nämlich die Weggerechtigkeit in ihrer allgemeinen Eigenschaft als unständige Dienstbarkeit und will man auch annehmen (die nähere Erörterung dieses Punkts ist hier ohne Belang), daß in allen Theilen des Großherzogthums, zu Folge der dort vor Einführung des Landrechts bestandenen Gesetzgebung, eine unständige Dienstbarkeit durch Verjährung habe erworben werden können, so hat für derartige Dienstbarkeiten nach Landrechtsatz 691 die Verjährung nur in soweit eine Bedeutung, als jene zur Zeit des Eintritts der Wirksamkeit des Landrechts bereits vollendet war. Ein Besitz der im Momente des Beginnens der Gültigkeit des neuen Gesetzes noch nicht so lange gedauert hatte, um zu Vollendung der Verjährung zu genügen, kömmt von jenem Momente an in keinen weitern Betracht, die etwa begonnene Verjährung ist durch das neue Gesetz für immer unterbrochen worden. Da wo also z. B. nach älterm Rechte der Ablauf von 30 Jahren zur Adquisitiv-Verjährung einer unständigen Dienstbarkeit erforderlich gewesen wäre, hat der von der ersten Ausübung bis zur Einführung des Landrechts umlaufene Zeitraum von 29 Jahren so wenige Rechtswirkung bezüglich auf den Erwerb, als wenn noch überall keine Ausübung statt gefunden hätte.

Abstrahirt man dagegen von der allgemeinen Lehre über unständige Dienstbarkeiten, und berücksichtigt man nur den Satz 682, welcher das Recht gibt, für eingeschlossene Güter einen Nothweg zu fordern, so disponirt er, wie jedes andere Gesetz nach allgemeinen Rechtsprincipien und nach der speciellen Vorschrift des Landrechtsatzes 2 nur für die Zukunft. Gibt Satz 682 also einen Titel für ein gewisses Recht, so existirt dieser Titel erst mit dem Tage, von welchem an das Gesetz seine Gültigkeit erlangt hat. Sofern auf den Grund seiner Disposition ein Recht durch Verjährung sollte erworben werden können, so würde, bei richtiger Folgerung aus Obigem, der Lauf der zur Verjährung erforderlichen Zeit nicht früher, als mit dem Augenblicke beginnen können, in welchem das Gesetz selbst jenes Recht constituirt hat; es sei denn, daß das Gesetz selbst ausdrücklich geboten hätte, ein früherer factischer Zustand solle bei Anwendung der neuen Bestimmungen mit berücksichtigt werden.

Letzteres ist hier nun nicht der Fall, denn abgesehen davon, daß Landrechtsatz 691 von seiner allgemeinen Regel diejenigen unständigen Dienstbarkeiten, welche in den, jenem Satze vorausgehenden Abschnitte des Gesetzbuchs erwähnt sind, nicht ausnimmt, so sprechen auch Landrechtsätze 682—685 kein Wort davon, daß die betreffende Dienstbarkeit durch Verjährung überhaupt, und insbesondere mittelst einer Verjährung erworben werden könne, bei welcher auch der vorlandrechtliche Zeitverlauf in Anrechnung zu bringen sei.

Ebenso verhält es sich mit der Versitzung der Entschädigungs-Forderung.

Eine Klage auf Leistung einer Entschädigung kann, wie jede andere Klage, nicht früher erhoben werden, als deren Erhebung rechtlich möglich (als sie nach der Sprache des ältern Rechts nata) ist. Erst von dem Eintritte dieser rechtlichen Möglichkeit an wird die in Landrechtsatz 2262 bestimmte Zeit der Klagenverjährung gerechnet. Wenn nun das Gesetz erst mit Eintritt seiner Wirksamkeit einem Grundeigenthümer das Recht gibt, von seinem Nachbarn die Einräumung einer Wegdienstbarkeit zu verlangen, und Ersterm dabei die Pflicht auflegt, dem Letztern für die Dienstbarkeit eine Entschädigung zu leisten, so kann man, wenigstens vernünftiger Weise, doch wohl nicht behaupten, es sei schon vor der Gültigkeit der erwähnten gesetzlichen Bestimmung eine rechtliche Möglichkeit vorhanden gewesen, die durch das Gesetz erst dem Einen zugesagten und dem Andern auferlegte Entschädigung zu fordern.

Daraus folgt von selbst, daß die zur erlöschenden Verjährung der betreffenden Forderung nothwendige Zeit von keinem frühern Moment an gerechnet werden kann, als

Digitized by Google

dem 1. Januar 1810, als dem Anfangspunkt der Gesetzeskraft des Landrechts.

Man hat zur Vertheidigung der Ansicht, daß da, wo schon vor Einführung des Landrechts ein Weg benutzt wurde, der nun als Nothweg angesprochen wird, die Dauer der frühern Benützung bei der Verjährung des Rechts selbst mitgezählt werden müsse, in folgender Art argumentirt:

Nach älterm Rechte habe die Weggerechtigkeit überhaupt durch Verjährung erworben werden können. Das Verbot des Landrechtsatzes 691 sei für eine andere Gattung von Dienstbarkeiten, als diejenige gegeben, von der der Landrechtsatz 682 handle; jenes Verbot finde daher auf die Dienstbarkeiten des Satzes 682 keine Anwendung; es dürfte daher die unter der Herrschaft des ältern Rechts begonnene Verjährung bei Weggerechtigkeiten der fraglichen Gattung auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ablaufen. Bei ihnen genüge nach Landrechtsatz 2281 zu Vollendung der früher begonnenen Verjährung der Ablauf von 30 Jahren, falls auch das ältere Recht eine unvordenkliche Verjährung gefordert haben sollte.

Diesem Schlusse steht aber abgesehen von der Prüfung der Vordersätze, und außer dem bereits Erörterten, schon Folgendes entgegen:

1) Das Wegrecht, wie es etwa unter der Herrschaft des ältern Rechts geübt wurde, gehörte jedenfalls bis zu Einführung des Landrechts in die Klasse derjenigen unständigen Dienstbarkeiten, von denen Landrechtsatz 686 und folgende handeln. Denn wie die neuern Forschungen der römischen Rechtslehrer (was hier keiner weitern Ausführung bedarf), klar dargethan haben, läßt weder aus Lex 12 D. de religiosis, noch aus irgend einer andern Gesetzesstelle sich ableiten, daß das s. g. gemeine Recht eine Dienstgerechtigkeit der Art kannte, wie sie Landrechtsatz 682 gewährt.

2) Es müßte also Landrechtsatz 691 jeden Falls in so weit zur Anwendung kommen, als die Benützung des Wegs in die vorlandrechtliche Periode fällt, und es wäre damit die in dieser Periode stattgehabte Benützung, als ein blos precärer, nach dem neuen Gesetze keiner Rechtswirkung zu Gunsten des bis dahin Benützenden empfänglicher Zustand anzusehen.

3) Erst mit Einführung des Landrechts würde dann das Wegrecht, dessen Landrechtsatz 682 gedenkt, nicht mehr in die Klasse der unständigen Dienstbarkeiten zu zählen sein; und hiernach durch das neue Gesetz ein von dem frühern factischen Verhältnisse völlig abweichendes neues Rechtsverhältniß (ein neuer Titel) gegründet werden. Ebendeßhalb müßte aber auch eine neue, mit Einführung des Gesetzes erst beginnende Zeitrechnung nothwendig entstehen.

§. 7.

VII. Kann im Falle die Nothwendigkeit eines Wegs hinwegfällt, auch die Entlastung von der Dienstbarkeit begehrt werden?

Dieser Fall tritt ein, wenn entweder neben dem bisher eingeschlossen gewesenen Grundstücke eine neue Straße eröffnet wird, so daß man von dieser auf jenes Grundstück gelangen kann, ohne fremdes Terrain überschreiten zu müssen; oder wenn der Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks ein Anderes erwirbt, welches sowohl an das bisher Eingeschlossene, als auch an einen öffentlichen Weg gränzt, und er somit von dem Eingeschlossenen über das Erworbene die öffentliche Straße zu erreichen im Stande ist; oder endlich wenn ein Angränzer des abgeschnittenen Grundstücks, welcher seither den Weg für Solches nicht zu dulden hatte, jenes Grundstück erwirbt und von demselben über seine ältern Besitzungen zur öffentlichen Straße gelangen kann.

Nach Ansicht eines Theils der französischen Rechtslehrer soll bei Eintritt einer derartigen Begebenheit die auf dem Satze 682 beruhende Dienstbarkeit, gegen verhältnißmäßige Erstattung der geleisteten Entschädigung wieder aufgehoben werden dürfen.

Lassaulx (III. 321) gründet die Bejahung obiger Frage darauf, daß die betreffende Abtretung unter dem Titel der Dienstbarkeit geschehe, und somit das Eigenthum am Wege nicht auf den Besitzer des berechtigten Grundstücks übergegangen sei, weßhalb denn so oft die Nothwendigkeit, welche den Grund der Servitut bilde, hinwegfalle, die Befreiung von dieser gefordert werden dürfe.

Toullier (III. Nr. 554) findet dieses der Billigkeit angemessen und fügt bei, der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks könne sich dann nicht auf die Verjährung berufen:

„car ce n'est point une servitude de commodité, dont il a usé, mais une servitude de nécessité."

Pardessus endlich, welcher ebenfalls dieser Ansicht huldigt, beruft sich hauptsächlich auf den Satz 701.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 16. Karlsruhe den 16. April 1842.

I.

Die Grunddienstbarkeiten aus dem Gesetze, insbesondere die Durchfahrtsgerechtigkeit betreffend. Zu Landrechtssatz 682—685.

(Schluß.)

Dagegen bekämpfen Andere die Richtigkeit dieser Behauptung, insbesondere Duranton (III. S. 158). Dieser bemerkt:

„Es sei einmal eine Servitut constituirt, und nach Constituirung einer solchen komme es nicht mehr darauf an, ob sie durch das Gesetz oder ein anderes Verhältniß gegründet worden sei. Sowenig eine vertragsmäßige Dienstbarkeit durch richterlichen Ausspruch wieder aufgehoben werden könne, dürfe dieses bei der gesetzlichen geschehen." —

Diese verschiedenen Meinungen dürften sich vermitteln lassen. Man hätte nämlich zu unterscheiden, auf welche Art die Dienstbarkeit (deren Nothwendigkeit zur Zeit der Entstehung vorausgesetzt) wirklich entstanden ist; ob insbesondere ein förmliches Uebereinkommen des Eigenthümers des abgeschnittenen Grundstücks mit seinem Nachbarn stattfand, oder nicht.

War jenes der Fall, und es wurde im Vertrage nicht vorbehalten, daß mit Aufhören des Bedürfnisses für den Eigenthümer des praedium dominans auch die Dienstbarkeit cessiren solle, so kann später, wenn das Bedürfniß in der That wieder hinwegfiel, die Entlastung nicht begehrt werden; denn es wird hier, ohngeachtet der Nothwendigkeit des Wegs, welche ein Anrufen des Richters würde gerechtfertigt haben, in Ermanglung des richterlichen Ausspruchs, der Vertrag der Titel der Dienstbarkeit, und es erscheint dadurch letztere als eine solche, welche durch Handlung der Menschen erworben wurde, im Sinne der landrechtl. Bestimmungen in Buch II. Tit. IV. Cap. 3. — Durch eine Veränderung der Umstände aber, wie groß diese auch sein mag und welchen Einfluß sie gehabt haben würde, wenn sie vor dem Vertragsabschlusse schon eingetreten gewesen wäre, erlöscht die Verbindlichkeit eines Vertrags nicht. Landrechtssatz 1234 a. Eine auf die fragliche Art gegründete Dienstbarkeit unterliegt den allgemeinen, für Erlöschung der Dienstbarkeiten bestehenden Regeln.

Würde dagegen die Einräumung eines Wegs gerichtlich gefordert und dieser auf den alleinigen Grund des Bedürfnisses bezüglich auf Landrechtssatz 682 zuerkannt, so läßt sich diese richterliche Entscheidung, nach dem Zwecke des Gesetzes, einem augenblicklich bestehenden Nothstande zu begegnen, nur als Provisorium ansehen, das so lange seine Wirkung äußert, als der Nothstand dauert. Es soll nach Absicht des Gesetzes, welches sonst überall zu Gunsten der Freiheit des Eigenthums von Belastungen und für möglichste Beschränkung bestehender Belastungen so kräftig sich ausspricht, demjenigen, welcher ohne Weg ist, so viel, als sein Bedürfniß mit sich bringt, eingeräumt werden, aber auch nicht mehr; namentlich soll nicht ein über sein Bedürfniß hinausgehender und noch weniger ein nicht in Beziehung zu diesem Bedürfnisse stehender, immerwährender Vortheil zugewiesen werden.

Daraus folgt nothwendig, daß der provisorische Zwang zu Gestattung eines Wegs wieder muß aufgehoben werden, wenn der Nothstand auf eine oder die andere der obenerwähnten Arten beseitigt ist.

Zweckmäßig dürfte es ebendeßhalb auch sein, wenn die Entschädigung, welche das Gesetz zuerkannt wissen will,

Digitized by Google

nicht in einer Aversalsumme, sondern in einer jährlichen Leistung bestimmt würde. Dann fiele die etwa als eine Art von Recognition oder eine Art von Pachtgeld zu betrachtende Leistung mit dem Wege selbst hinweg, es könnte kein Streit über Rückerstattung der Entschädigung entstehen; ja! es ließe sich annehmen, daß derjenige, welcher später auf eine die Nachbarn nicht belästigende Weise sich einen Weg verschaffen könnte, alsbald die Gelegenheit hierzu von freien Stücken ergreifen werde, um seiner Seits der betreffenden Leistung an den Nachbar enthoben zu sein. Kirn.

II.

Hofgericht des Oberrheins.

Urtheil

in Sachen Joh. Mayer gegen Friedrich und Franz Jos. Kunzer und Jos. Dietlicher, Anspruch auf ein Haus und Garten betreffend.

I. Begründet der zum Grundbuch eingetragene Vertrag zwischen zwei Kontrahenten, wornach der eine sein Eigenthum an Niemand andern als an den Mitkontrahenten abtreten soll, eine Klage gegen Dritte?

II. Ist bei Verschweigung der caussa obligationis nach §. 358 oder nach §. 359 der Prozeßordnung zu verfahren?

Folgender Rechtsfall bietet ein mehrfaches Interesse dar. Die II. Frage wird meines Wissens nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht häufig durch die Verwerfung der Klage nach §. 358 der Prozeßordnung entschieden. In diesem Fall hat der Gerichtshof sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen. Hier war die Frage freilich von keiner wesentlichen Erheblichkeit; sie ist es aber überall da, wo die Entscheidung davon allein abhängt. Vorerst ist zwar die civilrechtliche Seite von der prozessualischen zu trennen; letztere hängt jedoch mit ersterer eng zusammen und ist durch jene gewissermaßen bedingt. Ist nach Merlin's Ausführung bei jedem Rechtsgeschäft von Volljährigen ein giltiger Grund des Vertrags zu präsumiren, so paßt offenbar der §. 358 der Prozeßordnung nicht, sondern es schlagen die §§. 247, 248 u. 359 an. Insofern als man einer solchen Verbescheidung nach §. 358 keine Rechtskraft für eine etwaige neue Klage mit dem Vortrag des Grunds verbindet, wird freilich dem Rechte selbst nicht präjudicirt. Wichtige prozessualische Folgen sind aber u. a. die, daß bei der Behandlung nach §. 359 die Verbesserung auch in der höhern Instanz noch statthaft ist, ferner die Wirkung des §. 1238 der Prozeßordnung und die aus Art. 3 der Novelle sich ergebende hinsichtlich der Rechtsmittel. Das Hofgericht entschied in obiger Sache: das Erkenntniß des Stadtamtes Freiburg v. 19. April d. J., besagend: „die Klage sei als unstatthaft zu verwerfen unter Verfällung des Klägers in die Kosten des Streits, sei zu bestätigen, und Kläger-Appellant auch in die Kosten dieser Instanz zu verfällen."

Entscheidungsgründe.

„Der Kläger führt zur Begründung seiner Klage an: der Beklagte, Joseph Dietlicher, habe sich in einer Urkunde vom 6. Nov. 1821 verbindlich gemacht, seine früher von der Elise Kilsperger erkaufte Schleise, bestehend in einem Häuschen und einem halben Hausen Gartenfeld unter dem Alleegarten, an Niemand andern zu verkaufen oder auf irgend eine Art abzutreten, als an ihn, Kläger, und zwar um den Preis (443 fl.), um welchen er Kläger selbst das Objekt gekauft habe; er Kläger solle alle Vorzüge haben, ihm jedoch die aufgewendeten Hauptkosten vergüten. Er habe diese Zusicherung nicht nur angenommen, sondern auch die solche enthaltende Urkunde, nachdem der Beklagte dieselbe auf seine Klage gerichtlich anerkannt, am 13. Juni 1837 in das Grundbuch eintragen lassen. Vor wenigen Tagen habe aber der Beklagte, Dietlicher, diese Schleise, ohne ihn zu den Unterhandlungen zuzuziehen, um 300 fl. an die Brüder Kunzer verkauft, an deren Kunstmühle dieselbe anstoße. Zwar sei der Vertrag mit verschiedenen (in der Klage umständlich angegebenen) Klauseln in der Form eines Auftrags abgeschlossen, und darin als Bestandtheile der Gegenleistung nebst obigen 300 fl. noch ein angeblich von Dietlicher empfangener Vorschuß von 5700 fl. aufgeführt. Allein dies sei, wie er beweisen werde, nur Vorwand, um sein Recht zu vereiteln. Auf die Einkleidung komme es nicht an, der ganze Inhalt des Vertrags stelle eine Veräußerung dar; diese liege in der Einräumung der unumschränkten Benutzung und Verfügungsgewalt, sogar die Wiederveräußerung nicht ausgeschlossen, an die Brüder Kunzer auf den Zeitraum von 60 Jahren; obgleich der Rückfall unter gewissen Bedingungen stipulirt sei, so sei doch durch andere Vertrags-

Digitized by Google

beſtimmungen dafür geſorgt, daß derſelbe nie eintreten werde.†) Er ſei daher berechtigt, das Eigenthum dieſer Schleiſe mit Zugehörde zu verlangen. Er bittet um deſſen Zuerkennung gegen Erſtattung von 443 fl. und Erſatz der darauf verwendeten Hauptbaukoſten — oder gegen den dem Beklagten D. dafür verſprochenen Kaufpreis von 300 fl., und um Verurtheilung des Beklagten, ihm das Gut auf dieſe Weiſe „zu überlaſſen und zu übergeben", unbeſchadet der Rechte des noch beſtehenden Pachts.

Der Unterrichter verwarf die — gegen Dietlicher und die Brüder Kunzer zugleich gerichtete — Klage ohne Ladungsverfügung unter Bezug auf die §§. 359, 93, 250 und 358 der Prozeßordnung, wogegen Kläger die Berufung ausgeführt hat. In der mündlichen Verhandlung nahm der Anwalt des Klägers die Klage, ſoweit ſie gegen Joſ. Dietlicher gerichtet iſt, im Einverſtändniß mit ſeiner anweſenden Parthie, zurück. Es kommt daher nur noch auf die Prüfnng der Beſchwerde und beziehungsweiſe Klage in ihrer Richtung gegen die Brüder Kunzer an.

Die Klage iſt nach dem geſtellten Begehren die Eigenthumsklage. Dieſe Klage erſcheint unbegründet, weil es nach dem eigenen Vortrag des Klägers an dem Erforderniß fehlt, daß Kläger das Eigenthum erworben habe. Thibaut, Syſt. §. 563. Deſſen Lehrb. d. franz. Civilr. §. 177. Savigny, Syſt. des heut. R. R. Bd. V. S. 13. Der Kläger hat nämlich nach ſeinen eigenen Angaben in der Klage nicht das Eigenthum erworben, ſondern es hat nur der Beklagte Dietlicher gegen ihn die Verbindlichkeit übernommen, den Gegenſtand des Streits an Niemand als an ihn zu veräußern. Der faktiſche und nächſte Grund der Klage, wie ſie angeſtellt wurde, beſteht alſo darin, daß Dietlicher durch den Vertrag mit den Brüdern Kunzer die übernommene Verbindlichkeit gegen ihn verletzte. Es ſteht deßhalb dem Kläger wohl eine Contraktsklage und beziehungsweiſe Entſchädigungsklage (Landrechtſatz 1142) gegen ſeinen Mitkontrahenten zu, niemals aber kann durch ein ſolches Rechtsgeſchäft eine Klage gegen Dritte, eine dingliche Klage, begründet werden, zu welcher, wie ſchon bemerkt wurde, ein wirklicher Eigenthumserwerb aus einem giltigen Titel ein unerläßliches Requiſit iſt. Ein ſolcher iſt nnn aber nirgends behauptet; es iſt namentlich auch nicht eine bedungene Looſung, ſoweit von ſolcher nach dem Geſ. von 1839. Regierungsbl. No. 21 noch die Rede ſein kann, und ebenſowenig das Wiederkaufsrecht behauptet, welche Titel eine Klage gegen Dritte geſtatten; denn es wurde, von Anderem abgeſehen, nicht behauptet, daß Kläger vorher das Eigenthum an den Beklagten Dietlicher verkauft hatte. Landrechtsſätze 1701 a. n., 1701 a. m., 1659, 1661.

Der Eintrag in das Grundbuch aber kann nur beim Daſein eines Eigenthumstitels eine rechtliche Wirkung, die Klagbarkeit des Rechts gegen Dritte und die Unmöglichkeit fernerer Beſchwerung des Eigenthums mit Pfandlaſten durch den vorigen Beſitzer erzeugen, nicht aber den Titel ſelbſt erſetzen, §. 25 des II. Einf.-Ed. Landrechtsſatz 1583 a., ſowenig als der Eintrag ins Pfandbuch für ſich allein ein Unterpfand gewährt.

Was den noch vom Unterrichter gerügten Mangel der Angabe einer Vertragsurſache betrifft, ſo beſteht ein ſolcher allerdings, indem das Verſprechen des Erſatzes des ausgelegten Preiſes blos die Werthserſtattnng, nicht aber die Vertragsurſache, d. i. den Rechtsgrund enthält, aus welchem der Beklagte Dietlicher ſich die Beſchränkung in ſeinen Eigenthumsrechten zu Gunſten des Klägers auferlegte *). Und da nach dem neuen franzöſiſchen, wie nach dem alten gemeinen Rechte ein ſolches, die Vertragsurſache nicht nennendes Rechtsgeſchäft nicht unwirkſam oder rechtsungültig, dieſer Mangel vielmehr nur hinſichtlich des Beweisverfahrens von Folgen iſt, indem die Ausleger des Geſetzes ſich blos darüber ſtreiten, ob demjenigen, der ſich auf eine ſtumme Urkunde ſtützt, der Beweis des Daſeins einer gültigen Vertragsurſache obliege, oder aber der Schuldner zu beweiſen habe, daß keine caussa debendi beſtehe, Duranton, dr. civ. No. 307, Toullier t. 9. No. 3, und Braner zu Art. 1132, Zacharia (§. 345), Thibaut, Pand. §. 1176; ſo iſt hierin allerdings eine Unvollſtändigkeit zu finden, welche allernächſt die Verbeſcheidung nach §. 359 der Prozeßordnung zur

†) Ich laſſe am Ende das Weſentliche dieſes Vertrags als eines nicht unintereſſanten Beitrags der Jurisprudentia cautelaris folgen, wenn es gleich hier darauf weiter nicht ankommt.

*) Merlin (Quest. d. dr. sub v. cause d. obl. §. 2) bezeichnet als die übereinſtimmende Anſicht der Rechtsgelehrten den Satz: „La cause d'une obligation est ce qui donne lieu à une obligation même, le motif, qui porte à la contracter."

Digitized by Google

Folge hätte haben sollen. Da jedoch dieser Mangel nicht im vorliegenden Falle hinderte, die Klage schon jetzt im Materiellen zu prüfen, so konnte dieselbe auch in der Weise, wie geschehen, definitiv (§. 358 der Prozeßordn.) verworfen werden, und es spricht dafür selbst das Interesse der Abkürzung der Prozesse.

Unter diesen Umständen kommt es auf die Untersuchung der Frage, ob der Vertrag mit den Brüdern K. wirklich eine Veräußerung enthält, gar nicht mehr an.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung wegen der Kosten wurde, wie geschehen, bestätigend zu erkennen."

Vertrag.

"§. 1. Jos. Dietlicher und seine Ehefrau geben den Brüdern Kunzer auf den Zeitraum von 60 Jahren und zwar unaufkundbar die unbeschränkte Vollmacht, in ihrem Namen ihr Haus und Garten nach Gutbefinden und nach Belieben zu benutzen, jede Art von Kultur, jede Bauveränderung und Verbesserung, sowohl in Bezug auf Grund und Boden, als auf den Ueberbau, vorzunehmen.

Alle während dieser Zeit durch die Bevollmächtigten vorgenommenen Hauptverbesserungen und Neubauten gehören den Joseph Dietlicher'schen Eheleuten als Eigenthümer von Grund und Boden, indem solche nur in deren Namen vorgenommen werden können.

Während der Dauer der Vollmacht haben die Brüder K. das Recht, die besagten Liegenschaften und Zugehörde im vollsten Umfange des Worts zu benutzen und den Ertrag und Nutzen für den Eigenthümer, ohne zu irgend einer Rechnungsablegung verbunden zu sein, in Empfang zu nehmen. Dem Eigenthümer zahlen dagegen die Brüder K. für den besagten Zeitraum 6000 fl. und zwar an die Jos. Dietlicher'schen Eheleute sogleich baar und auf Rechnung des bereits an Kunzer schuldigen Betrags 5700 fl., für Rechnung desselben aber pr. Rest an den J. W. von Br. die auf den Liegenschaften haftende Pfandschuld von 300 fl.

Nach Umfluß von 60 Jahren haben die Eigenthümer den Br. K. für alle Verbesserungen und Neubauten vollen Ersatz nach den ihnen vorgelegt werdenden Conto's, wegen welcher sie sich zum Voraus aller Einreden begeben *), zu leisten.

2) Während der 60 Jahre sind die Bevollmächtigten K. verpflichtet Namens der Vollmachtgeber, alle Abgaben, die auf dem besagten Gut haften, zu bestreiten, und allen Schaden, durch Gewalt oder durch Zufall, zu leiden; wenn das Gebäude abbrennt, so müssen sie es wieder aufbauen gegen Bezug des Brandversicherungsgeldes.

3) Wenn Waffenschmied Mayer Zugrechtsansprüche machen sollte, so bevollmächtigen die Eigenthümer die Br. K., sich auf beliebige Art mit ihm abzufinden, und setzen die K., wenn Mayer abgewiesen wird, in das unumschränkte Eigenthum der obenbeschriebenen Liegenschaften um den Preis und gegen Bezahlung der dem Pfandgläubiger schuldigen 300 fl. ein. Dagegen soll dann der von den Br. K. den J. D.'schen Eheleuten geleistete Vorschuß wegen bezogenen Nutzens erlöschen ꝛc.

Wenn dieser Auftragsvertrag vor der festgesetzten Zeit durch irgend einen andern Umstand, als durch freiwillige Uebereinkunft unter den Kontrahenten ꝛc., aufgelöst würde, so sind nicht nur die D.'schen Eheleute und Rechtsfolger zum Ersatz aller Hauptverbesserungen und Neubauten, sondern auch noch zum verhältnißmäßigen Rückersatz des erwähnten Vorschusses nach Maßgabe des verhältnißmäßig zu viel bezahlten Reinertrags verpflichtet ꝛc.

7) Die J. D.'schen Eheleute verzichten auf die Einrede des Nichtempfangs des in Artikel 1 bedungenen Vorschusses ꝛc.

9) Die D.'schen Eheleute bevollmächtigen die Br. K. zum Verkauf des Gutes, jedoch unbeschadet des im Art. 3 erwähnten Rechts des Mayer mit dem Vorbehalte, daß der Verkauf nur innerhalb dieser 60 Jahre geschehen darf.

10) Die D.'schen Eheleute sollen nicht nur die Hauptreparaturen und Neubauten (1. 2. 3), sondern jede noch so geringe Ausgabe wegen der Benutzung ꝛc. ersetzen."

Zentner.

*) Hierin liegt allerdings ein Mittel gegen den stipulirten Rückfall.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gh. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 23. April 1842.

I.

Ueber die neue Stempel- und Sportelordnung.

Die Bedenklichkeiten gegen die neue Stempel- und Sportelordnung welche sich — abgesehen von dem, was die Erfahrung lehren wird — erheben, möchten folgende sein.

1) Die Justiz scheint dadurch bedeutend vertheuert zu werden, während fast allgemein das umgekehrte Prinzip als das richtige anerkannt wird; *)

2) die Justiz scheint dadurch erschwert zu werden;

ein Umstand, dessen Nachtheile nach den jetzigen Zeitverhältnissen unverkennbar sind.

a. Die Verschiedenartigkeit des Stempelgebrauchs nach Gattung der Schriften und Nummern der Bogen erschwert die Möglichkeit, wenigstens die Geläufigkeit des richtigen Gebrauchs und dessen Beurtheilung, selbst bei denen die sich stets damit beschäftigen.

Bei Andern ist ein richtiger Gebrauch gar nicht zu erwarten. Stempelbußen, Reklamationen, Schreibereien und dergleichen sind die nächsten Folgen. Nichtjuristen können am Ende sich nicht mehr selbst vertreten, weil sie perpetuelle Stempelbußen zu fürchten, oder für übermäßig angewendete Stempel keinen Ersatz anzusprechen haben.

Werden die Parthien auf der einen Seite in praxi in der Regel mit den Anwaltskosten an sich selbst verwiesen, so werden sie durch die Stempelordnung wieder an die Anwälte verwiesen!

Vom Austausch verunglückter Stempel ist in dem Gesetze nichts gesagt und wie wichtig wird dieß in praxi sein!

Das Gesetz ruft Controversen über den Gebrauch des Stempels ins Leben; **) z. B. adhibirt man und resp. welche Stempelklasse adhibirt man

bei Anrufen gegen das Exekutionspersonal?

bei Gesuchen um Verbesserungen richterlicher Versehen?

*) Nach dem Vortrage, womit die Regierung den Gesetzesentwurf den Ständen übergab, und nach den ständischen Verhandlungen bestand die Absicht, den Sportel- und Stempelertrag im Ganzen weder zu erhöhen, noch herabzusetzen. In dem vom Abgeordneten Duttlinger darüber erstatteten Commissionsberichte ist in dieser Beziehung gesagt:

„Der bisherige Totalertrag der Gebühren für die Geschäfte der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen soll durch das neue Gesetz nicht alterirt, nicht erhöht, aber auch nicht vermindert werden. Es ist nehmlich nicht die Höhe der Gebühren, wenn vom Totalbetrag derselben die Rede ist, worüber man zu klagen Grund gehabt hat, aber eben so wenig sind auch Gründe vorhanden, diese Einnahmen zu steigern. Es ist die in den Motiven des Gesetzesentwurfs von der Regierung ausgesprochene, unsere vollkommene Zustimmung verdienende, bestimmte Absicht des Gesetzes, in dieser Beziehung, nämlich in Bezug auf den Totalertrag der gerichtlichen Gebühren in bürgerlichen Rechtssachen, im Ganzen durch das neue Gesetz nichts zu ändern, sondern nur dahin zu wirken, daß eine angemessenere Vertheilung stattfinde, indem die Gebühren bei der untersten Instanz vermindert, dagegen bei der obern Instanz um den nämlichen Betrag erhöht werden sollen."

Bei den Obergerichten ist nun auch der Gesammtertrag der Gebühren augenscheinlich erhöht, bei den Untergerichten aber (insbesondere in Bezug auf die so häufigen einfachen Schuldbeitreibungen) offenbar vermindert. Ob der letzteren Verminderung ohnerachtet sich im Ganzen noch eine Erhöhung ergebe, werden erst die Sportelrechnungen seiner Zeit nachweisen. D. Red.

**) Einfacher wäre es wohl gewesen, wenn man für alle Eingaben in einer und derselben Instanz nur einerlei Stempel vorgeschrieben hätte. Da aber der größere Stempel hauptsächlich zum Ersatze der Sportel dienen soll, welche früher für die auf die Eingabe erlassene Verfügung angesetzt wurde, so konnte man ihn bil-

Digitized by Google

bei Eingaben, worauf eben ſo gut eine Verfügung erfolgen als unterbleiben kann?
bei Deſervitorien der Anwälte?
bei Belegen der Koſtenliquidation?
bei Beweisartikeln?
bei Appellationsverhandlungen bei den Untergerichten?
bei Auditoraten?
beim Oberkriegsgerichte und dergleichen?

Eingaben der Ausländer ſind nicht berückſichtigt.

b. Der richtige Sportelanſatz erfordert überhaupt und weil die Sporteln nicht alphabetiſch, wie früher, geordnet ſind, mehr Kenntniſſe als in der Regel Sportelverrechner haben. Irrungen und Unrichtigkeiten müſſen erfolgen, denn die Richter können bei ihren wichtigern Berufsgeſchäften, die ihre volle Geiſtesthätigkeit in Anſpruch nehmen, weder die Anſätze machen noch kontrolliren. Gegen leichtſinnige und böswillige Anſätze ſind die Parthien nicht wie früher (§. 19 der alten Stempelordnung) gewahrt. *) Controverſen ſcheinen nicht auszubleiben.

Wird z. B. die Ganterklärung ſportulirt und wie? Was ſind die Erkenntniſſe über Appellationen gegen

---

ligerweiſe auch nur hinſichtlich jener Eingaben vorſchreiben, auf welche eine Verfügung zu erfolgen hat, für die nach der alten Sportelordnung eine Sportel anzuſetzen geweſen wäre.

An und für ſich iſt dieſes Prinzip ſehr einfach. Gleichwohl ſind Zweifel und Controverſen möglich. Dieſelben waren auch unter der alten Sportelordnung, wenn auch nicht hinſichtlich der Stempel, doch deſto mehr hinſichtlich der ſo mannigfaltigen Sporteln vorhanden.

Was übrigens die oben aufgeſtellten Fragen betrifft, ſo dürften ſie wohl nicht ſehr zweifelhaft ſein:

Enthält ein Aneuſen gegen das Executionsperſonal nur ein Beförderungsgeſuch (eine Betreibung, daß jenes Perſonal die ihm obliegende Thätigkeit entwickle), ſo iſt nach der ausdrücklichen Vorſchrift des Artikels 2 Nr. 2 nur ein 3 kr. Stempel zu gebrauchen. Handelt es ſich aber nicht bloß um ein Beförderungsgeſuch, ſondern um eine Beſchwerde gegen die Art, wie das Perſonal ſeinen Auftrag vollzieht, ſo liegt kein Grund zu einer Ausnahme von der Regel des Art. 2 Nr. 1 vor.

Eben ſo kann ein Geſuch um Verbeſſerung eines richterlichen Verſehens unmöglich unter die Fälle des Art. 2 Nr. 2 ſubſummirt werden. Man könnte etwa billig finden, daß das Geſetz, wie in den Fällen des Art. 11 die Sportel, ſo hier auch den höhern Stempel nachgeſehen hätte. Allein es hat dieß nun einmal nicht gethan, und zwar vielleicht deßwegen, weil unter der Rubrik von Verbeſſerung richterlicher Verſehen gar mancherlei begehrt werden könnte, und zur Zeit des Geſuchs, wo nämlich der Stempel adhibirt werden muß, noch nicht liquid iſt, ob wirklich ein bloßes Verſehen vorliege.

Wenn es Eingaben geben ſollte, „worauf eben ſo gut eine Verfügung erfolgen als unterbleiben kann," ſo würden ſie nicht unter diejenigen gehören, auf welche eine Verfügung zu erlaſſen iſt, ſondern unter jene, auf welche, wie der Art. 2 Nr. 2 ſich ausdrückt, „keine Verfügung zu erlaſſen iſt," d. h. auf welche es nicht nothwendig iſt, eine Verfügung zu erlaſſen. Es dürfte aber jedenfalls in der Eingabe nichts gebeten ſein, denn ſonſt iſt immer Ja oder Nein darauf zu ſagen, alſo eine Verfügung zu erlaſſen.

Die Deſervitorien der Anwälte ſind Beilagen, für welche nach Art. 2 Nr. 3 nur 3 kr. Stempel zu verwenden ſind. Auf die Koſtendekretuesbitten iſt aber Nr. 1 anwendbar, da eine Verfügung, nehmlich die Dekretur darauf zu erlaſſen iſt, die früher ſportulirt wurde und jetzt ſportelfrei gelaſſen wird.

Mit den Belegen der Koſtenliquidation iſt es zu halten, wie ehemals. Es ſind Beilagen, die mit 3 kr. Stempeln zu verſehen ſind.

Eben ſo mit den Beweisartikeln.

In den ſummariſchen Sachen, in welchen die Appellationsverhandlung nach §. 1226 der Prozeßordnung beim Amt ſtatt hat, ſind auch nur die für das amtliche Verfahren vorgeſchriebenen Stempel zu adhibiren. Die Frage iſt in Bezug auf die Stempel zur Vollmacht ſchon unter der alten Sportelordnung vorgekommen, der Zweifel war alſo, ſoweit er jetzt vorliegt, bisher ſchon vorhanden.

Das Auditorat iſt das Amt des Militärs, und das Oberkriegsgericht iſt das Hofgericht (die Appellationsinſtanz) deſſelben. Die für die Aemter und Hofgerichte vorgeſchriebenen Stempel und Sporteln kommen alſo auch hier zur Anwendung, und die erſteren eben ſo auch bei den Univerſitätsämtern.

In Bezug auf die Stempel der Ausländer iſt die Verlegenheit wenigſtens nicht neu, es bleibt in dieſer Beziehung beim Alten. Die Ausländer haben dieſelben Stempel anzuwenden und Sporteln zu bezahlen, wie Inländer, und man hätt ſich in dieſer Beziehung an ihre Anwälte. Macht ein Ausländer ſelbſt ſchriftliche Eingaben, ſo kann er angehalten weeden, daß er, wenn er ſich keine Stempel verſchaffen will, im Großherzogthum einen Anwalt oder ſonſt einen Bevollmächtigten beſtelle, welcher ſeinen Eingaben die erfoederlichen Stempel beitege. Bevor aber eine ſolche Anweiſung erfolgt iſt, wird er, da man nicht annehmen kann, daß er unſere Stempelgeſetze kenne, in keine Stempelbuße verfällt, ſondern es wird ihm der Stempelbetrag als Spoetel angeſetzt. Dieſe billige Rückſicht wurde als der Natur der Sache entſprechend von den meiſten Aemtern bisher beobachtet, und es liegt in dem neuen Geſetze kein Grund, davon abzugehen. D. Red.

*) Es iſt nicht einzuſehen, warum der §. 19 der alten Sportelordnung, welcher die Ueberforderungen mit Strafe bedroht, nicht mehr zur Anwendung kommen ſoll. Der Art. 1 des neuen Geſetzes hebt nur die in den alten Geſetzen und Verordnungen enthaltenen Tax-, Sportel- und Stempelſätze, nicht aber auch alle andern Beſtimmungen im Allgemeinen auf. D. Red.

Digitized by Google

Ganterkenntniſſe bei den Aemtern für Erkenntniſſe? (§. 5 des Geſetzes). *)

c. Die Verſchiedenartigkeit der Klaſſen und der Berechnungsart, bezüglich auf Sporteln und Appellationsſummen veranlaßt Schwierigkeit und Verwickelungen.

d. Die Nothwendigkeit der richterlichen Vorbeſtimmung des Streitobjekts führt Geſchäftshäufung und Prozeßverzögerung mit ſich, die namentlich bei Proviſorien, Arreſten, böswilligen Beklagten und dergleichen die nachtheiligſten Folgen haben muß. **)

e. Dem Richter iſt in Art. 19 großer Spielraum gelaſſen, und die offizielle Thätigkeit der Obergerichte in Prüfung der Streitobjektsbeſtimmung kann möglicher Weiſe dreierlei Beſtimmungen hervorrufen.

Welche Arbeiten werden die Nach- und reſp. Rückforderungen veranlaſſen? †)

f. Die Fälle, in denen nicht ſportulirt werden darf, möchten auf analoge Fälle gleiche Anwendung finden. ††)

g. In der Exekutionsinſtanz werden im Hinblicke auf die Exekutionsordnung und die ſeitherige Erfahrung die Kläger oft eben ſo viel Stempel wagen, als ſie überhaupt nach beendigtem Exekutionsverfahren zu erwarten Hoffnung haben dürfen. †††)

---

*) Das Ganterkenntniß des §. 821 der Prozeßordnung fällt unter keine der Beſtimmungen der Art. 5—10, ſind alſo ſportelfrei. Es wird dadurch, wie durch Ladungsverfügungen, das Verfahren erſt eingeleitet, und erſt nach deſſen Erledigung, wenn nämlich durch das Ganturtheil über die Anſprüche der Gläubiger an den Cridar und unter ſich entſchieden wird, erfolgt der Sportelanſatz, und zwar nach dem Betrage der Aktivmaſſe (Art. 6 und 18).

Wird aber der Antrag auf ein Ganterkenntniß zurückgewieſen, oder über eine gegen das Ganterkenntniß ergriffene Appellation erkannt, ſo findet der im Art. 5 Nr. 5 beſtimmte Sportelanſatz ſtatt.

Aemter haben über Appellationen gegen Ganterkenntniſſe nie zu entſcheiden, bei ihnen kann alſo hiefür nie ein Sportelanſatz vorkommen. Der Art. 5 Nr. 5 ſetzt ein ſolches Vorkommen auch keineswegs voraus, denn wenn dort auch ein Sportelſatz für die Aemter enthalten iſt, ſo bezieht ſich dieß auf die dort ebenfalls ausgeführten gewöhnlichen Ladungsverfagungen, die gerade am häufigſten bei den Aemtern vorkommen. D. Red.

**) Daß die Feſtſetzung der Streitſumme in einzelnen Fällen, wo es ſich nämlich um einen erſt zu ſchätzenden Streitgegenſtand handelt, und die Parteien über den Werth deſſelben nicht einig ſind, einiges Geſchäft verurſacht, iſt nicht zu verkennen. Der böswillige Beklagte ſoll aber dadurch auch nicht einen Tag Verzug gewinnen, denn die Verhandlung und Entſcheidung in der Hauptſache darf wegen jener Schätzung keinen Tag aufgehalten werden. Letztere geht vielmehr nebenher oder folgt auch erſt nach, wenn, wie bei Arreſtprozeſſen, einſtweiligen Verfügungen, oder auch bei andern Streitſachen ſchnetter ein der Gradationsſportel unterliegendes Erkenntniß gegeben werden kann, als die Schätzung des Streitobjekts erhoben iſt.

Im Uebrigen ſind es gerade die nach der Größe des Streitobjekts ſich richtenden Gradationsſporteln, die am meiſten begehrt wurden, weil es leichter und mehr der Sache angemeſſen ſchien, bei einem großen Streitgegenſtand eine höhere Urtheilsſportel zu bezahlen, als bei einem kleinen, wo die durchſchnittlich gleiche Sportel mit dem Werth der Sache in ein zu auffallendes Mißverhältniß kommt. Die Gradationen, welche für die geringeren Streitſachen eine Herabſetzung der Sportel zur Folge haben, erleichtern in dieſen letztern Sachen das Rechtſuchen. Ueber die rechtliche Begründung dieſes Prinzips der Gradationen mag man ſtreiten, die Billigkeit deſſelben iſt aber einleuchtend. D. Red.

†) Solche Nach- und Rückforderungen werden nicht ſtatthaben. Wenn der höhere Richter, was wohl ein ſeltener Fall ſeyn dürfte und bei der auf bloßem Arbitrium beruhenden Klaſſifikation des Art. 19 gar nicht vorkommen kann, die vom Richter der vorigen Inſtanz angenommene Klaſſe nach Art. 20 als auf Irrthum beruhend von Amtswegen berichtigt, ſo gilt dieß nur für die Sporteln der höhern Inſtanz, wirkt aber nicht zurück auf die Anſätze des Richters der vorigen Inſtanz. Eine Aenderung dieſer letztern Anſätze findet zum Nachtheil der Parteien (eine Nachforderung begründend) gar nie, zum Vortheil derſelben (eine Rückforderung begründend) aber nur alsdann ſtatt, wenn der höhere Richter auf eine Beſchwerdeführung (§. 1244 Nr. 6 der Prozeßordnung) die Anſätze des vorigen Richters reformirt. Die Red.

††) Befreiungen von der allgemeinen Vorſchrift über Sporteln und Stempel finden nur kraft beſonderer geſetzlicher Beſtimmungen ſtatt. Analoge ausgedehnte Anwendung der Sportel- und Stempelfreiheit auf nicht genannte ähnliche Fälle, die ohnehin kaum zu finden ſein möchten, iſt unzuläſſig. Außer den Fällen des Art. 21 bleibt übrigens auch der Fall des §. 161 der Prozeßordnung noch bei Kraft. D. Red.

†††) Hier wurde gerade die hauptſächlichſte Erleichterung bezweckt. Die Anſätze für die Zahlungsbefehle waren früher verſchieden. Bei einem Amt wurden 9 kr., beim andern 18 kr., überall aber nebſt dem noch 7 kr. für die Notifikation angeſetzt, was alſo mit dem Eingabeſtempel von 3 kr. wenigſtens 19 kr. (9 kr. + 7 kr. + 3 kr.) ausmachte. Für die Liquiderkenntniſſe wurden als für decreta decisiva 48 kr. angeſetzt, was mit der Notifikation zu 7 kr. und dem Eingabenſtempel von 3 kr. im Ganzen 58 kr. machte. Eben dieſe Beträge, zuſammen mit 58 kr., koſtete ein Vollſtreckungsbefehl (decretum executivum). Statt dieſer 19 kr. + 58 kr. + 58 kr. = 2 fl. 15 kr. ſollen jetzt nach dem Art. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Art. 5 Nr. 1 des neuen Geſetzes nur 3mal 15 kr., d. i. 45 kr. bezahlt werden. Kommen weitere Geſuche im Voll-

Digitized by Google

h. Das Gesetz wirkt auch auf die Fälle zurück, die schon vor dem 1. Januar 1842 spruchreif waren und nur wegen Geschäftsüberhäufung nicht haben erledigt werden können.

Für Richter, Anwälte und Parthien wird die Wiederaufhebung des neuen Gesetzes dringender Wunsch sein. *)

Gernandt.

II.

Ueber die Auslegung des §. 726 der Prozeßordnung im Exekutivprozesse.

In Sachen des P. J. in F. Klägers gegen F. A. Sch. in B. wegen Vertragserfüllung trat Kläger bei dem B. Amte B. im Wege des Exekutivprozesses mit einer Klage auf.

Die Häuser und Hofräume der Parteien sind mittelst einer Mauer von einander geschieden, unter dem Hause des Klägers befindet sich ein Weinkeller und auf Seite des Beklagten an derselben Stelle zum Theil eine Stallung und Dunggrube, aus welcher die ätzende Jauche seit etwa drei Jahren durch die Scheidemauer in den Keller des Klägers dringt, und demselben mehrfachen Schaden verursacht. Es kaufte nun Kläger dem Beklagten am 10. Mai 1841 einen Theil seines Hofraumes ab, wobei insbesondere unter anderm auch bedungen wurde:

„daß der Verkäufer seinen Hofraum, Stallung und Dunglage für die Zukunft so herrichten zu lassen habe, daß dem Kläger zu keiner Zeit mehr ein Nachtheil zugehen kann."

Es trat nun Kläger am 1. Dezember 1841 gegen den Beklagten mit einer Klage auf, schloß derselbe den Originalkaufbrief, worin die gedachte Bedingung wörtlich enthalten ist, an, fügte insbesondere noch einen für Jedermann faßlichen Handriß der Localitäten bei, und stellte die Bitte:

„Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anzuordnen, sofort zu erkennen, der Beklagte seie unter Verfällung in alle Kosten schuldig, unverweilt seinen Viehstall und Dunggrube bei Vermeidung einer Strafe von 10 Reichsthalern so herrichten zu lassen, daß dem Keller des Klägers und der Scheidemauer ferner kein Nachtheil mehr zugehe."

Gegen Erwarten wurde diese Klage (durch amtlichen Beschluß vom 7. Dez. 1841 Nr. 32476) angebrachtermaßen verworfen, und als Entscheidungsgrund angeführt:

„in Erwägung, daß dem Klagvertrag jene Vollständigkeit und Bestimmtheit theilweise mangelt, welche nothwendig vorhanden sein muß, um die Verhandlung hierauf genügend pflegen zu können, es ist nämlich einmal wegen Einleitung des Exekutivprozesses nicht das nach §. 726 geforderte Petitum gestellt, und dann fehlt insbesondere die genaue Bezeichnung der Art und Weise, wie Viehstall und Dunggrube eingerichtet werden sollen, daß dem Kläger kein Nachtheil als Nachbar mehr zugehe."

Der Kläger appellirte nicht gegen diese versagte Ladung, indem der Beklagte inzwischen seiner Beschwerde theilweise abgeholfen hatte; er glaubt aber, daß dieses Erkenntniß auf keiner gesetzlichen Basis, sondern auf einer ganz irrigen Auslegung des §. 726 der Prozeßordnung beruht.

1) Der §. 726 der Prozeßordnung schreibt vor, daß der Kläger, wenn er mit dem Klagvortrag auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten über alle demselben zum Grunde liegenden und die Ansprüche in jeder erheblichen Beziehung bestimmt bezeichnenden Thatsachen den Beweis mit fehlerfreien Urkunden angetreten, welche insgesammt oder zum Theile der Anerkennung des Beklagten bedürfen, derselbe mit dem Gesuche in der Hauptsache zugleich den Antrag auf Anordnung einer Tagfahrt, zur Vorlegung und Anerkennung der Urschriften verbinden kann, wozu dann beide Theile, und zwar der Beklagte mit der Bedrohung (der für geschehen anzunehmenden Anerkennung der vorgelegten Urkunde ꝛc.) vorgeladen werden muß.

Es wird hier kaum darauf aufmerksam gemacht werden dürfen, daß dieser Paragraph nur von dem Falle spricht, wenn der Kläger den Beweis mit Privaturkunden angetreten hat, weil nur solche der Anerkennung des Produkten bedürfen §. 433—435, 702 der Prozeßordnung und Landrechtsatz 1323, hieraus folgt nun, daß der Kläger auch nur in diesem Falle verbunden gewesen wäre, mit dem Gesuche in der Hauptsache zugleich

---

streckungsverfahren vor, so fällt die für die Erledigung derselben bisher angesetzte Sportel weg, was jedenfalls mehr ist, als die 12 kr., um welche jetzt der Eingabestempel mehr beträgt, als bisher. Ueberdieß ist, wenn es sich nur um Beförderungsgesuche handelt, nach Art. 2 Nr. 2 auch jetzt nur ein 3 kr. Stempel zu gebrauchen.

D. Red.

*) Ein solcher Wunsch, wenn er da oder dort auch besteht, wird nicht so bald in Erfüllung gehen. Uebrigens werden auch hier, wie bei andern Gesetzen, nach gemachten Erfahrungen die nöthigen Vervollständigungen, Erläuterungen oder Modifikationen der gesetzlichen Bestimmungen erfolgen. Die Red.

Digitized by Google

den Antrag um Anordnung einer Tagfahrt zur Anerkennung der produzirten Privaturkunden zu stellen. Da er aber alle Thatsachen, welche der Klage zu Grund liegen, durch eine fehlerfreie öffentliche Originalurkunde bewiesen hat, so war er keineswegs schuldig, auch um Anordnung einer Tagfahrt zu deren Anerkennung anzusuchen, sondern konnte ohne solches, sein Gesuch in der Hauptsache wie geschehen stellen. Ja er hätte sogar (mit Umgehung der Bitte um Anordnung einer Tagfahrt) geradezu das Verlangen um Vollzug der bewiesenen Vertragsbedingung stellen können, und in beiden Fällen hätte das Amt in der Hauptsache gleich erkennen sollen.

Das Amt scheint daher entweder nicht gewußt oder vergessen zu haben, daß öffentliche Urkunden der Anerkennung der Parteien nicht bedürfen, und daß selbst eine verneinende Erklärung der Partei über ihre Eigenschaft ihrem Werthe nichts benimmt §. 438, *) oder aber es hat angenommen, daß der §. 726 von Urkunden im Allgemeinen, somit auch von öffentlichen rede, und versirte daher in diesen beiden Unterstellungen im wesentlichen Irrthum.

Auch könnte das Amt etwa die weitere Ansicht gehabt haben, daß, (weil §. 726 nur von Privaturkunden redet), eine öffentliche Urkunde die Einleitung des Exekutivprozesses gar nicht bewirken könne; allein dabei hätte es wieder vergessen, daß öffentliche Urkunden auf der obersten Stufe aller Beweismittel stehen, und deßhalb unzweifelhaft auch in jenen Fällen ihre volle Beweiskraft üben, in welchen Privaturkunden produzirt werden dürfen.

Hieraus erhellet nun, daß die Klage keine Mängel hatte, welche die Art des Exekutivprozesses unstatthaft machen, und die Abweisung derselben „angebrachtermaßen" war daher unrecht; ja es fehlte das Amt ferner darin, daß es wenigstens mit dieser Verwerfung nicht zugleich die Verhandlung in der (ihm) geeignet scheinenden Prozeßart eingeleitet hat, was §. 728 der Prozeßordnung ausdrücklich vorschreibt.

2) Nach den amtlichen Entscheidungsgründen besteht die Unvollständigkeit und Unbestimmtheit des Klagvortrags darin, weil die „Art und Weise, wie Viehstall und Dunggrube eingerichtet werden solle", daß dem „Kläger kein Nachtheil" als Nachbar zugehe, nicht genau bezeichnet sei!?

Allein nach dem im Original der Klage beigeschlossenen Kaufbrief konnte der Kläger vertragsmäßig nur verlangen, den Beklagten zu verhalten, daß er seinen Viehstall und Dunggrube so herrichten lasse, daß dem Keller des Klägers und der Scheidemauer ferner kein Nachtheil mehr zugehe, und wenn der Kläger sich schon vertragsmäßig auf das gestellte Petitum beschränken mußte, so konnte er auch nach den allgemeinen Bestimmungen des Landrechtsatzes 674 kein anderes Verlangen stellen. ...t.

III.

Literatur.

Bei J. H. Funke in Crefeld erschienen folgende von Joh. Cramer herausgegebene Werke:

1) Die fünf französischen Gesetzbücher, neu übersetzt von einem praktischen Juristen: Das Civilgesetzbuch, die Civilprozeßordnung, das Handelsgesetzbuch, das Strafgesetzbuch und die Criminalprozeßordnung.

Alles in guter Uebersetzung. Achte revidirte Stereotypausgabe. (1841).

2) Sachregister zu den fünf französischen Gesetzbüchern, von einem praktischen Juristen gefertigt (1840). Dieses Register ist sehr vollständig, es hat beiläufig den nämlichen Umfang wie die fünf Gesetzbücher selbst. Alle Worte, die eine juristische Bedeutung haben, sind in alphabetischer Ordnung aufgeführt, und eben so sind jedem solchen, einen juristischen Begriff ausdrückenden, Worte die verschiedenen darauf bezüglichen Rechtsmaterien wieder

---

* Der Umstand, daß die verneinende Erklärung auf eine vorgelegte öffentliche Urkunde dieser an ihrer Beweiskraft (bis zum Beweise ihrer Falschheit) nichts benimmt, macht die Produktionstagfahrt nicht überflüssig. Auch öffentliche Urkunden müssen nach §. 423 in Verbindung mit den dort zitirten §§. 436—439 in einer Produktionstagfahrt vorgelegt werden, damit der Produkt sich erkläre, ob er sie für das halte, wofür sie ausgegeben werden. Zwar kann unter den Voraussetzungen des §. 702 auf öffentliche Urkunden hin ein unbedingter Befehl verlangt und ertheilt werden, ehe noch eine Produktionstagfahrt statt gehabt hat, allein ein solcher unbedingter Befehl ist nur eine vorläufige Maßregel, die auf erhobene Einreden wieder zurückgenommen werden kann. Wird aber eine öffentliche Urkunde nur wie eine Privaturkunde zur Einleitung des Exekutivprozesses nach §. 726 benützt, so ist, ehe ein (auch nur vorläufiges) Erkenntniß erfolgt, die Abhaltung der Produktionstagfahrt nöthig. Im Uebrigen s. m. Annalen 1841. S. 270 †). D. Red.

alphabetisch angereiht, so daß man die Quellen jeder beliebigen Rechtsfrage auf leichte Weise aufsuchen kann.

3) Sammlung von Gesetzen und Verordnungen, welche die fünf französischen Gesetzbücher modifiziren, oder außer denselben in den königl. preuß. Rheinprovinzen gelten, nebst einem ausführlichen Sachregister von einem praktischen Juristen (1842).

Die erste Abtheilung enthält die französischen Gesetze und Verordnungen, die den fünf Gesetzbüchern vorausgegangen oder denselben bis zum Sturze des Kaiserreichs nachgefolgt sind, den Gesetzbüchern zur Erläuterung dienen, sie erläutern oder modifiziren, oder mit den darin abgehandelten Rechtsmaterien in irgend einer Beziehung stehen. Sie beginnen mit der Ordonnanz vom August 1737, die Bestimmung des eigentlichen (zuständigen) Richters betreffend, und endigen mit dem kaiserlichen Dekrete vom 6. Nov. 1813 über die Erhaltung und Verwaltung der Güter der Geistlichkeit. Es sind darin nebst vielen Gutachten und Verordnungen, welche Rechtsfragen in Civil- und in Strafsachen entscheiden, unter Anderm auch enthalten ein Ruralgesetz vom 28. September bis 6. Oktober 1791, der Konsularbeschluß vom 4. Dezember 1800, die Errichtung der Anwaltskammern betreffend, das Gesetz vom 8. April 1802, die Organisation des Kultus betreffend, sammt den organischen Artikeln, Gesetz vom 12. April 1803 über Manufakturen, Fabriken und Werkstätten, und vom 18. März 1806 über Errichtung eines Raths von Gewerbverständigen, kaiserliches Dekret vom 16. Februar 1807, den Kostentarif für Civilsachen betreffend, Gesetz vom 16. September 1807 über die Austrocknung von Sümpfen, über Schifffahrt, Wege, Brücken, Straßen, Deiche ꝛc., kaiserliches Dekret vom 30. März 1808 über die Polizei und Disciplin der Gerichtshöfe ꝛc., vom 30. Dezember 1809 über die Kirchenfabriken, Gesetz vom 8. März 1810 über die Eigenthumsentziehung zum öffentlichen Nutzen, vom 20. April 1810 über die Organisation des Gerichtswesens und über die Verwaltung der Justiz, kaiserliches Dekret vom 6. Juli 1810 und vom 18. August 1810 über die Organisation der Gerichte ꝛc., vom 14. Dezember 1810 über die Ausübung der Advokatenprofession und über die Disziplin des Advokatenstands, vom 18. Juni 1811 über die Verwaltung der Justiz in Strafsachen, vom 14. Juni 1813 über die Organisation und den Dienst der Gerichtsvollzieher.

Die zweite Abtheilung enthält die königl. preuß. Gesetze und Verordnungen, soweit sie sich auf die Rheinprovinzen beziehen, von 1813 bis zum 21. Juli 1841. Es kommt darin (außer einer Menge, auf Gegenstände des Civil- und Criminalrechts bezüglicher legislativer Entscheidungen) unter Anderm auch vor: Maß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816, ein Beschluß des Staatsministeriums vom 20. Juli 1818 über die Grenzen zwischen Justiz und Administration, Notariatsordnung vom 25. April 1822, Subhastationsordnung vom 1. August 1822, Pensionsreglement für die Civilstaatsdiener vom 30. April 1825, Verordnung vom 13. Juli 1827 über die Provinzialstände der Rheinprovinz, Jagdordnung vom 17. April 1830, Instruktion für die Gerichtsvollzieher vom 10. Juni 1833, Gesetz über Mobiliarversicherungen vom 8. Mai 1837, über Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837, Zollgesetz vom 23. Jänner 1838 sammt Zollordnung und Zollstrafgesetz, Gesetz vom 3. November 1838 über Eisenbahnunternehmungen.

Die dritte Abtheilung enthält noch einige ältere Curcölnische, Triersche, Jülich- und Bergische, Gesetze und Verordnungen. J.

IV.

Urtheil.

In Sachen des großherzoglichen Domänenfiskus, Klägers Appellaten, Oberappellaten, gegen die Gemeinde Zunsweier Beklagte, Appellantin, Oberappellantin, Leistung von Fuhr- und Handdiensten zum Kirchen- und Pfarrhausbau betreffend:

wird auf die gegen das Urtheil des großherzoglichen Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 12. Febr. l. J. wodurch das Erkenntniß des Oberamts Offenburg vom 13. März v. J. besagend:

> „die beklagte Gemeinde sei schuldig, in vorkommenden Bau- und Reparationsfällen an dem dortigen Kirchen-Chor und Pfarrhause nebst Oekonomiegebäuden die nöthigen Fuhr- und Handdienste unentgeldlich zu leisten und habe dieselbe sämmtliche Kosten dieses Rechtsstreits zu tragen"

unter Verfällung der Beklagten, Appellantin, auch in die Kosten zweiter Instanz bestätigt wurde, aber ergriffene

Digitized by Google

Oberappellation, nach gepflogenen Verhandlungen zu Recht erkannt:

„daß das hofgerichtliche Urtheil zu bestätigen, und die beklagte oberappellantische Gemeinde auch in die Kosten dritter Instanz zu verfällen sei.

V. R. W.

Dessen zur Urkunde ist dieses Urtheil nach Verordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts ausgefertigt, und mit dem größern Gerichtsinsiegel versehen worden.

So geschehen Mannheim den 29. Okt. 1841.

Großherzogliches badisches Oberhofgericht.

Freih. v. Stengel. (L.S.) v. Wöllwarth.

vdt. Heddäus.

Entscheidungsgründe.

Der großherzogliche Domänenfiskus hat als Zehntherr zu Zunsweier die Verbindlichkeit den Chor der dortigen Kirche und das Pfarrhaus nebst dessen Oekonomiegebäuden in jeweils vorkommenden Fällen neu zu erbauen, und zu unterhalten.

Er spricht dagegen von der beklagten Kirchspielsgemeinde die Verbindlichkeit an, die jeweils bei solchen Bauten nöthigen Hand- und Fuhrdienste unentgeldlich zu leisten, und fand sich, da dieselbe bei der zum Behuf der Zehntablösung vorzunehmenden Taration der Baulast diese Verpflichtung bestritt, zu der gegenwärtigen Klage veranlaßt.

Was nun zunächst die im Laufe der Verhandlungen von der beklagten Gemeinde bestrittene Kompetenz der Gerichte betrifft, so ist die Behauptung, daß es sich hier um einen Gegenstand des öffentlichen Rechts handle, unbegründet, da die Frage, ob die beklagte Gemeinde schuldig sei, die streitigen Hand- und Fuhrdienste zu leisten, keineswegs aus Bestimmungen des öffentlichen Rechts abgeleitet, sondern vielmehr nach der für die Baupflicht im allgemeinen bestehenden Gesetzgebung entschieden werden solle, und die Baupflicht selbst, zu welcher die Hand- und Fuhrdienste verlangt werden, in so fern sie einem Dritten zum Vortheile der Kirchspielsgemeinde obliegt, lediglich als eine privatrechtliche Last erscheint, über deren Umfang mithin auch nur vor den bürgerlichen Gerichten gestritten werden kann.

Eben so wenig steht der dermaligen Erhebung der Klage auf Anerkennung der Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen entgegen, daß kein Fall vorliegt, in welchem dieselben nöthig wäre; denn da es sich um eine der Zeit nach unbestimmte, jeweils wiederkehrende Verbindlichkeit handelt, so ist hier ein Klagrecht bei dem bloßen Widerspruch derselben nach Analogie der Grundsätze über Dienstbarkeiten um so mehr schon zur Zeit begründet, als der Streit über die bestrittene Verbindlichkeit bei der bevorstehenden Zehntablösung, wegen Festsetzung des Baulastenkapitals jetzt entschieden werden muß.

Was die Sache selbst betrifft, so stützt sich das Klagbegehren auf den §. 15 und 18 des Kirchenbauedikts vom 26. April 1808, welches vorschreibt, daß in allen Fällen, auch wo das Kirchspiel nicht an der Ordnung zu bauen ist, die Hand- und Fuhrarbeiten zu dem Bau unentgeldlich von ihm zu leisten sind, wenn nicht für einen bestimmten Ort nachgewiesen werden kann, daß dort die Zehntherrn oder die Kirchenkassen die Pflicht auf sich haben, diese Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen.

Das Klagbegehren ist hiernach durch das Gesetz begründet, und es kann sich die beklagte Kirchspielsgemeinde von der ihr gesetzlich obliegende Verbindlichkeit nur dadurch befreien, daß sie eine auf einem besondern Rechtstitel beruhende Verpflichtung des Zehntherrn zur Verrichtung dieser Hand- und Fuhrarbeiten in eigenen Kosten nachweißt.

Es ergiebt sich hieraus, daß die von ihm vorgeschützte Einrede der Verjährung, daß sie nämlich seit dreißig Jahren, ja sogar seit unfürdenklichen Zeiten niemals Hand- und Fuhrarbeiten zu den fraglichen Gebäuden geleistet habe, eine Freiheit von der Verbindlichkeit hierzu nicht begründen kann, weil das Gesetz die Befreiung von derselben nicht daran knüpft, daß das Kirchspiel die Nachweisung liefere, daß es früher dieselbe nicht geleistet habe, sondern die Nachweisung darüber verlangt, daß der Zehntherr oder die Kirchenkasse die Pflicht hierzu auf sich hätten.

Außer dieser nicht begründeten Einwendung hat sich die beklagte Gemeinde in der Vernehmlassung auch noch auf die Baufakta berufen, welche in den Jahren 1814, 1817 oder 1818 und 1827 vorgekommen sein sollen, und

Digitized by Google

bei welchen der großherzoglich Domainenfiskus die streitigen Hand- und Fuhrarbeiten bestritten haben solle.

Es sind indessen diese sämmtliche Baufakta zum Beweise der angeblich dem klagenden Fiskus obliegenden Verpflichtung als unerheblich zu betrachten.

Wenn nämlich Baufakta zum Beweise der Verpflichtung zur Leistung der Hand- und Fuhrarbeiten gegen die gesetzliche Regel des §. 15 des Banedikts benutzt werden wollen, so können nach Ansicht des §. 31 desselben jedenfalls nur verjährte als solche gelten. Von den in der Vernehmlassung angeführten fällt aber das älteste in das Jahr 1814, weßhalb, da bei Erhebung der gegenwärtigen Klage keine 30 Jahre umlaufen waren, keines derselben von Erheblichkeit sein kann. *)

Was dagegen das im Laufe der Verhandlungen geltend gemachte Baufaktum vom Jahre 1791 betrifft, so kann dieses, abgesehen von der Frage, ob die Verjährung hinsichtlich solcher ältern Baufakta zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vom 26. April 1808 schon vollendet gewesen sein mußte, deßhalb keine Berücksichtigung verdienen, weil dieses Baufaktum nicht in der Vernehmlassung vorgebracht, und sogar nicht einmal in der Beweisantretungsschrift selbst nachgetragen, sondern nur in den Zeugenbeweisartikeln angeführt wurde, mithin nach §. 291 und 244 der Prozeßordnung, jedenfalls verspätet war, wie es denn auch überdieß beweislos geblieben ist.

Aus diesen Gründen wurden in der Hauptsache und nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung, den Kostenpunkt betreffend, wie geschehen erkannt.

Zur Beglaubigung der Abschrift.

Mannheim, den 10. Nov. 1841. Heddäus.

*) In einem neuern Rechtsfalle, in Sachen der Gemeinden Dattelbach und Petersthal gegen den Großherzoglichen Fiskus hat (am 18. März 1842), die Mehrheit des zweiten Senats des Oberhofgerichts die obige Ansicht wieder verlassen, und ein Baufaktum in Bezug auf die Hand- und Fuhrarbeiten (ohne daß es deßfalls einer Verjährung bedürfte) eben so als einen Titel angenommen, wie es nach §. 1 des Edikts hinsichtlich der Hauptbaupflicht selbst ein solcher ist. D. Red.

V.

Auszug aus dem Finanzministerialerlaß vom 14. Dezember 1841 Nr. 10012, den Vollzug des Gesetzes vom 13. Oktober 1840 über die Gerichtssporteln betreffend.

Die Requisitionen der Obergerichte wegen aus der Staatskasse zu ersetzenden Sportel- und Stempelbeträge in Gemäßheit des §. 17 der landesherrlichen Verordnung sind an großherzogliche Steuerdirektion zu richten, welche sodann die erforderliche Dekretur auf die betreffende Kasse ertheilen und das requirirende Gericht hievon in Kenntniß setzen wird.

Die Requisition des Gerichts muß aber immer ausdrücklich erwähnen, daß die betreffende Parthie sich über Zahlung der sämmtlich in Aufrechnung gebrachten Sportelposten ausgewiesen habe. Das Gericht wird dabei zugleich jedesmal die großherzogliche Steuerdirektion benachrichtigen, ob in der Sache ein weiteres Rechtsmittel von der unterlegenen Parthie ergriffen worden ist, damit für den Fall eines endlichen Siegs dieser Letzteren für Wiedereinhebung der restituirten Beträge von der Gegenparthie gesorgt werden kann. Y.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Prozeß-Ordnung
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
für das
Großherzogthum Baden.
Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte
erläutert
von
Wilhelm Thilo,
großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.
Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 30. April 1842.

I.

Bezieht sich die Vorschrift des Art. 3. der Prozeßnovelle, wornach für die angebrachtermaßen abgewiesene Klage nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zulässig ist, auch auf die Abweisung eines Arrestgesuches, §. 688 der Prozeßordnung, eines Gesuches um einen unbedingten Befehl, §. 703 der Prozeßordnung, und einer Executivklage, §. 728, 734 der Prozeßordnung, angebrachtermaßen, oder tritt hier das Rechtsmittel der Appellation ein?

Diese Frage ist bei dem hiesigen Gerichtshof eine streitige geworden. In einem Senat desselben wurde eine Beschwerdeführung, welche gegen die Verwerfung eines Gesuches um einen unbedingten Befehl angebrachtermaßen ergriffen wurde, als unstatthaft verworfen, und in einem andern Senat wurde dieses Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen die Verwerfung einer Executivklage angebrachtermaßen als zulässig erkannt. Es wird jedoch nicht zu bezweifeln sein, daß die Verneinung obiger Frage, also die Unanwendbarkeit des Artikel 3 der Prozeßnovelle auf die darin benannten Verwerfungen einer Klage oder eines Gesuches angebrachtermaßen die richtige Meinung ist.

Wenn es sich um das Verhältniß einer Novelle eines Gesetzes, d. h. einer Abänderung eines Gesetzes in einzelnen Stücken zu dem übrigen Gesetz handelt, so besteht die oberste Entscheidungsregel dieses Verhältnisses darin, daß die Novelle nicht über den erkennbaren Kreis ihrer Vorschrift ausgedehnt werden darf, und daß sie daher an dem Gesetz, zu dem sie gegeben, nicht mehr abändern kann, als sie nach ihrem Wortlaut daran ändert.

Faßt man nun unter dieser Voraussetzung den frühern §. 391 der Prozeßordnung in das Auge, so führte er seine ausnahmsweise zugelassene Appellation ausdrücklich, unter andern auch für den Fall des §. 359 der Prozeßordnung ein, wo eine Klage im schriftlichen Verfahren erster Instanz wegen Undeutlichkeit, Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit, ohne auf Ladung zu erkennen, angebrachtermaßen verworfen wurde. Hiernach bezog sich auch unter der Prozeßordnung der §. 391 in dieser Hinsicht nur auf den Fall der Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen nach §. 359 der Prozeßordnung, und insofern unter der Herrschaft der Prozeßordnung eine Executivklage, oder ein Arrestgesuch, oder ein Gesuch um einen unbedingten Befehl angebrachtermaßen verworfen wurde, so galt dafür der §. 391 der Prozeßordnung nicht, sondern die dagegen zulässige Apellation mußte entweder auf besondere dafür ertheilte Vorschriften wie z. B. den §. 719 der Prozeßordnung gebaut werden, oder es mußte nachgewiesen werden, daß dagegen nach allgemeinen Grundsätzen eine Appellation zulässig war, oder endlich, es war keine Appellation statthaft, wenn man eines von beidem vorstehendem nicht nachweisen konnte.

Sowie daher anzunehmen ist, daß sich schon der frühere §. 391 der Prozeßordnung nicht auf die Fälle der Verwerfung einer Executivklage, Arrestklage, unbedingten Mandatsklage angebrachtermaßen bezog, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß der den §. 391 der Prozeßordnung fassende Art. 3 der Prozeßnovelle ebenfalls sich nicht auf diese Fälle der Verwerfung einer solchen Klage angebrachtermaßen bezieht, und daß daher die in der Novelle anstatt der Appellation eingeführte Beschwerdeführung ebenfalls nur auf den Fall der Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen nach §. 359 der Prozeßordnung geht. Dieses wird auch in der Novelle ausdrücklich vorgeschrieben, denn der Art. 3 geht in dieser

Digitized by Google

Beziehung ausdrücklich dahin, daß gegen die richterliche Verfügung auf die Klagen in dem Falle des §. 359 der Prozeßordnung, nur die Beschwerdeführung stattfinden soll. Wird eine Klage auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung angebrachtermaßen verworfen, so findet jetzt die Beschwerdeführung statt. Wird sie auf den Grund eines andern §. der Prozeßordnung angebrachtermaßen verworfen, so findet dagegen aus besondern oder allgemeinen Gründen die Appellation statt, und kann man keinen solchen Grund nachweisen, so bleibt es bei der Verwerfung angebrachtermaßen, und es findet weder die Appellation noch die Beschwerdeführung statt.

Daß nun bei der Verwerfung des Gesuchs um einen unbedingten Befehl oder eine einstweilige Verfügung angebrachtermaßen die Appellation stattfindet, läßt sich selbst aus der Prozeßnovelle leicht nachweisen. Nach dem ursprünglichen §. 719 der Prozeßordnung war die im §. 391 der Prozeßordnung ausnahmsweise eingeführte Appellation ebenfalls für eine solche Verwerfung eines unbedingten Befehls nach §. 703 statthaft. Da jedoch die Prozeßnovelle im Art. 3 die im §. 391 eingeführte Appellation in das Rechtsmittel der Beschwerdeführung abänderte, man aber dieses Rechtsmittel nicht wohl für die Verwerfung eines unbedingten Befehls zulassen wollte, so erhielt der §. 719 der Prozeßordnung in der Prozeßnovelle Art. 8 eine Aenderung, dahin, daß gegen die richterlichen Beschlüsse, wodurch unbedingte Befehle abgeschlagen worden sind, die gewöhnlichen Rechtsmittel d. h. die Berufung stattfinden sollen. Wenn es nun zwar richtig ist, daß der unveränderte §. 703 zwischen der Verwerfung eines unbedingten Befehls als entweder unbedingt oder angebrachtermaßen geschehend unterscheidet, so nimmt dagegen der frühere §. 719 der Prozeßordnung und insbesondere der Art. 8 der Prozeßordnung eine solche Unterscheidung nicht in sich auf. Es wird hierin nur von richterlichen Beschlüssen gesprochen, wodurch unbedingte Befehle abgeschlagen werden, und da die Verwerfung eines Gesuchs um einen unbedingten Befehl oder um eine einstweilige Verfügung, wenn sie auch nur angebrachtermaßen geschieht, eben immerhin eine Abschlagung des Gesuchs ist, so findet zweifellos dagegen das Rechtsmittel der Berufung und nicht der Beschwerdeführung statt.

Bei dem Executivprozeß kommen in den §§. 728 und 734 der Prozeßordnung zwei Fälle vor, worin die angestellte Klage angebrachtermaßen zu verwerfen ist, und in beiden Fällen wird dagegen das Rechtsmittel der Appellation und nicht der Beschwerdeführung statthaft sein. Man könnte zwar sagen: da nach §. 1172 der Prozeßordnung eine Appellation nur dann im Allgemeinen stattfindet, wenn ein Streitgegenstand abgesprochen worden ist, bei der Verwerfung einer Executivklage nur angebrachtermaßen aber nicht der Streitgegenstand selbst dem Kläger abgesprochen wird, sondern nur dessen Verfolgung im Wege des Executivprozesses verworfen worden ist, so finde überhaupt keine Appellation statt. Allein die Prozeßart der Executivklage ist gegenüber der Prozeßart des ordentlichen Verfahrens, und zwar zum Vortheil des Klägers so absonderlicher Beschaffenheit, daß die Verwerfung dieser Prozeßart und die Verweisung des Klägers auf den Weg des ordentlichen Verfahrens der Absprechung des Streitgegenstands selbst gleichkommt. Ist ihm auch der Streitgegenstand nicht an und für sich und ganz allgemein abgesprochen, so ist ihm doch die Verfolgung dieses Streitgegenstands im Wege des schnellen Executivprozesses abgesprochen. Dieser Weg ist aber ein Theil seines Rechts, und ein nicht unwichtiger, so daß man bei dessen Absprechung wohl den Fall des §. 1172 der Prozeßordnung annehmen muß, daß ihm ein Streitgegenstand nämlich das Recht seine Forderung nicht nur im Allgemeinen, sondern im besondern Weg des Executivprozesses geltend zu machen, abgesprochen worden ist.

Findet hiernach die Appellation im Allgemeinen statt, so kann man es mit Grund nicht bezweifeln, daß in den Fällen des §. 734 und 728 der Prozeßordnung nicht die Beschwerdeführung des Art. 3 der Prozeßnovelle, sondern das gewöhnliche Rechtsmittel der Appellation zugelassen werden muß. Nur für den Fall der Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung findet die Beschwerdeführung statt. Hier wird aber die Executivklage nicht auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung sondern auf den Grund des §. 734 und 728 der Prozeßordnung verworfen. Die Appellation ist das gewöhnliche Rechtsmittel, für welches überall da, wo man über die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels im Allgemeinen einverstanden ist, die Regel spricht, und so wäre im Zweifel für sie zu entscheiden.

Sodann ist der Fall der Verwerfung einer Executivklage

Digitized by Google

angebrachtermaßen nach §. 734 von dem Fall der Verwerfung einer Klage nach §. 359 ganz verschieden. Im letztern Fall haben keine Verhandlungen stattgefunden, sondern der Richter hat wegen mangelhafter Klage die Ladung versagt. Im Fall des §. 734 sind aber schon Verhandlungen geschehen. Es ist die Ladung bereits erkannt gewesen, und die Verwerfung geschieht auch bei dem Ausdruck angebrachtermaßen doch definitiv, denn der Kläger kann nun seinen Beweis nicht mehr vervollständigen, er kann nicht eine widerholte Executivklage einreichen, sondern muß sich jetzt in das ordentliche Verfahren einlassen, wenn er nicht eine Abänderung des Ausspruchs vor dem Oberrichter erreichen kann.

Auch der Fall des §. 728 ist von dem Fall des §. 359 verschieden. Es ist zwar richtig, daß in beiden Fällen keine Verhandlungen stattgefunden haben, sondern die Ladung alsbald versagt worden ist. Allein bei der Verwerfung einer Klage im Falle des §. 359 kann dieselbe Klage nach ihrer Ergänzung oder Verdeutlichung wieder eingebracht werden, und der Richter hat sich auf die Verwerfung der undeutlichen oder mangelhaften Klage beschränkt. Im Fall des §. 728 ist aber die Executivklage als solche definitiv verworfen. Die Verwerfung angebrachtermaßen bezieht sich nicht sowohl auf die Klage, als vielmehr auf den vom Kläger eingeschlagenen Prozeßweg, der endgültig für den erkennenden Richter verworfen bleibt, und eben wegen dieser endgültigen Verwerfung muß das gewöhnliche Rechtsmittel der Berufung, und nicht das der Beschwerdeführung zulässig sein. Diese Endgültigkeit der Verwerfung angebrachtermaßen geht insbesondere aus dem Ausdruck des §. 728 hervor, wornach sie da stattfinden soll, wo die Prozeßart der Executivklage unstatthaft erscheint, und wo etwas unstatthaft ist, ist es definitiv und gänzlich verworfen. Sodann hat sich der Richter im Fall des §. 728 nicht allein auf die Verwerfung der Executivklage beschränkt, sondern er hat zugleich die Verhandlungen in der geeigneten Prozeßart eingeleitet. Es ist daher von der Executivklage als solcher nirgends mehr die Rede, ihre Vervollständigung oder Verdeutlichung findet nicht mehr statt, und wenn der Kläger sie für vollständig und zur Prozeßart geeignet hielt, so kann er dieses nicht vor dem Unterrichter im ordentlichen jetzt eingeleiteten Prozeßweg vorbringen, sondern nur durch die Appellation dieses sein Recht verfolgen. Zudem beziehen sich die Gründe der Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen nach §. 359 nur auf den Vortrag des thatsächlichen Klaggrundes und auf das Klagbegehren, und auf die darin befindlichen Mängel. Bei der Verwerfung einer Executivklage angebrachtermaßen nach §. 728 liegt aber der Grund dieser Verwerfung nicht in Mängeln des Klaggrundes oder des Klagbegehrens, sondern in Mängeln, welche blos die Prozeßart des Executivprozesses unstatthaft machen. Die Statthaftigkeit des Executivprozesses wird aber in der Erweislichkeit der eingeklagten persönlichen Verbindlichkeit durch fehlerfreie Privaturkunden gefunden. Es liegen daher die Mängel der Statthaftigkeit des Executivprozesses nach §. 728 in Mängeln des mit der Klage verbundenen Beweises, und diese Verschiedenheit des Grundes der Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen nach §. 359 und 728 ist nur für den letztern Fall ein weiterer Grund der Zulässigkeit der Appellation.

Zweifelhafter ist dagegen die Sache bei der Verwerfung eines Arrestgesuches angebrachtermaßen im Fall des §. 688. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung hat der Richter ein unstatthaftes Arrestgesuch entweder unbedingt oder angebrachtermaßen zu verwerfen; und da hiernach ein Gegensatz zwischen dieser Verwerfung gemacht wird, so kann man sagen, daß die der unbedingten Verwerfung entgegengesetzte Verwerfung des Arrestgesuches angebrachtermaßen gerade die Verwerfung desselben nach §. 359 ist, wo der Grund derselben nur in Mängeln des thatsächlichen Vortrags oder des Begehrens ruht. Und dieses läßt sich um so leichter annehmen, als nach §. 686 das Arrestgesuch die allgemeinen Erfordernisse eines ordnungsmäßigen Klagevortrags besitzen soll, demnach auch unter den diese allgemeine Erfordernisse bestimmenden Gesetzen steht, wozu gerade der §. 359 der Prozeßordnung gehört.

Nichts destoweniger bestehen zwischen dem §. 359 und 688 der Prozeßordnung doch noch einige Unterschiede. Nach §. 359 wird die angebrachtermaßen verworfene Klage dem Gegentheil zur Nachricht mitgetheilt. Nach §. 688 findet eine Mittheilung des auch nur angebrachtermaßen verworfenen Arrestgesuches an den Gegentheil nicht statt. Nach §. 359 hat der Richter bei Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen deren Mängel speciell zu bezeichnen und ihre Verbesserung dem Kläger zu überlassen. Nach §. 688 findet dieses nicht statt, so daß also die auch nur angebrachtermaßen verworfene Arrestklage doch der Sache

Digitized by Google

nach als definitiv verworfen zu betrachten ist. In der bei weitem größten Anzahl der Fälle wird auch eine Verwerfung eines Arrestgesuches angebrachtermaßen trotz der Vorschrift des §. 687 in der Bescheinigung der Ansprüche oder des Arrestgrundes liegen, welche der Richter nicht für ausreichend erkennt, und dann liegt der Grund der geschehenen Verwerfung nicht in Mängeln des thatsächlichen Vortrags oder des Klagbegehrens, sondern in Mängeln des mit der Klage hier zu verbindenden Beweises, und es stellt sich sonach eine abermalige Verschiedenheit des §. 359 und 688 heraus. Und bedenkt man nun, daß der Streit hierin nicht sowohl darüber ergeht, ob überhaupt ein Rechtsmittel zulässig ist, sondern nur darüber, welches zulässig ist, ob das der Appellation oder der Beschwerdeführung, so wird man im Fall des §. 688 sich eben eher für das Rechtsmittel der Appellation entscheiden müssen, weil dasselbe das gewöhnliche ist, und weil die Verwerfung des Arrestgesuches angebrachtermaßen nicht auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung, sondern auf den Grund des §. 688 der Prozeßordnung geschieht. Nach Art. 3 der Prozeßnovelle findet aber das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nur gegen die auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung angebrachtermaßen verworfene Klage statt.

Wäre hiernach festgestellt, daß in den oben angeführten Fällen der Verwerfung eines unbedingten Befehls, eines Arrestgesuchs oder einer Executivklage angebrachtermaßen nicht das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, sondern der Berufung eintritt, so ist damit wohl auch die weitere Frage entschieden, wer nunmehr die Sache weiters zu verhandeln und zu entscheiden hat. Nach Art. 4 der Prozeßnovelle ist in Folge des Art. 3 von dem §. 1238 der Fall des §. 359 ausgeschieden worden. In ihm findet nicht mehr die Appellation sondern nur die Beschwerdeführung statt. Die für die Fälle des §. 688, 703, 728, 734 der Prozeßordnung aber übriggebliebene Appellation ist in dem durch die Prozeßnovelle Art. 4 veränderten §. 1238 nicht aufgeführt worden, weßhalb es darin bei der allgemeinen Regel bleibt, daß die Appellation einen Devolutiveffekt besitzt, und also die in diesen Fällen zulässige Appellation die Sache an den Appellationsrichter zur Verhandlung und Entscheidung überträgt. Es ist dieses um so eher anzunehmen, weil die Verwerfung eines Gesuchs in obigen Fällen auch nur angebrachtermaßen überall, wie vorstehend gezeigt ist, eine endgültige Verwerfung desselben ist, welche dem Unterrichter nichts mehr zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache oder in der gewählten Prozeßart überlassen hat.

In wiefern übrigens eine andere zum abgekürzten Verfahren gehörige Klage z. B. eine Besitzklage oder eine Editionsklage angebrachtermaßen verworfen worden wäre, so kann eine solche Verwerfung nur auf den Grund des §. 359 der Prozeßordnung geschehen sein, und für eine solche Verwerfung findet alsdann ebendeßhalb die Beschwerdeführung statt. Wenn es auch richtig ist, daß der §. 359 unter dem Abschnitt vom schriftlichen Verfahren steht, und nach §. 674 Nr. 1 der Prozeßordnung die Verhandlungen des abgekürzten Verfahrens mündlich sein sollen, so beruhen doch die §§. 357—360 nicht auf Unterschieden des schriftlichen und mündlichen Verfahrens, sondern auf Mängeln der Klage, welche bei allen Prozeßarten vorkommen können, und welche als vorgekommen alsdann auch die Verfügungen der §§. 357—360 rechtfertigen. Es liegt klar am Tage, daß jede Klage, für deren Verhandlung der angerufene Richter nicht zuständig ist, ohne Unterschied des mündlichen oder schriftlichen Verfahrens als hier nicht stattfindend verworfen werden kann, und eben so klar ist es, daß eine in ihrem Klagbegehren oder Klaggrund mangelhafte Klage mangelhaft ist und bleibt, ob sie mündlich oder schriftlich vorgetragen worden ist.

Gerade weil aber der §. 359 der Prozeßordnung in dieser Beziehung auf alle Arten von Klagen geht, so ist es denkbar, daß ein Richter selbst ein Gesuch um einen unbedingten Befehl, oder eine Executivklage, oder ein Arrestgesuch nur aus Gründen des §. 359 angebrachtermaßen verworfen hat. Wenn er dieses auf eine erkennbare Weise gethan, wenn er seine Verwerfung nur auf den §. 359 gebaut, und insbesondere die Verbesserung der gerügten Mängel dem Kläger überlassen hat, so wird man auch in solchen Fällen eine Beschwerdeführung und nicht eine Appellation zulassen müssen, denn die Zulässigkeit der Appellation ist vorstehend überall dahin bedingt, daß die Verwerfung der Klage angebrachtermaßen nicht auf den Grund des §. 359 sondern einer andern Vorschrift der Prozeßordnung geschehen ist. Sander.

Anmerkung der Redaktion.

Der Art. 3 der Novelle, der eine neue Fassung des §. 391 der Prozeßordnung enthält, setzt von der Regel des vorangehenden §. 390, daß die Beschwerden gegen

prozeßleitende Verfügungen erſt mit der Appellation gegen das Endurtheil verbunden werden könne, zwei Ausnahmen feſt:

a) wenn der Partei durch die Verfügung ein, bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr zu hebender Nachtheil zuginge, und

b) für die Fälle des §. 359.

Dieſer letzt erwähnte §. 359 ſpricht von den Fällen, wo eine Klage wegen Mangel an Deutlichkrit, Beſtimmtheit oder Vollſtändigkeit des Klagvortrags, oder wegen anderer zu verbeſſrnder Mängrl angebrachtermaßen verworfen wird. Es iſt dies eigentlich keine Abweiſung der Klage, ſondern nur eine Anweiſung zur Verbeſſerung des mangelhaft Vorgetragenen.

Wird die Klage mündlich vorgetragen, ſo veranlaßt der Richter die Verbeſſerung des Mangelhaften nach §. 248 durch zweckmäßige Fragen; und weil nun eine ſolche Befragung im ſchriftlichen Verfahren, wo die Partei nicht anweſend iſt, unmöglich wäre, ſo ſoll nach §. 359 die Verbeſſerung des Mangelhaften ſchriftlich dadurch veranlaßt werden, daß der Richter die Klage angebrachtermaßen verwirft und die Mängel bezeichnet, unter deren Verbeſſerung die Klage wieder angebracht werden könne.

Wenn ſich nun der Art. 3 der Novelle auf die Fälle des §. 359 bezieht, ſo iſt dies nicht das nämliche, wie wenn die Novelle die Anwendbarkeit ihrer Beſtimmung durch eine Abweiſung angebrachtermaßen bedingt hätte, d. h. die Beſtimmung des Art. 3 der Novelle, daß die Beſchwerdeführung ſtatt finde, gilt nicht für alle Fälle, wo eine Klage angebrachtermaßen abgewieſen wurde, ſondern nur für die Fälle des §. 359, wo nämlich eine ſolche Abweiſung wegen Unvollſtändigkeit, Unbeſtimmtheit oder Undeutlichkeit des Vortrags oder wegen andrer formeller Mängel geſchah, und die Verbeſſerung der bezeichneten Mängel vorbehalten wurde. Gebraucht eine andere Geſetzesſtelle mit anderen Wirkungen die Formel einer Abweiſung angebrachtermaßen, ſo bezieht ſich der Art 3 der Novelle direkt nicht auf ſie. Auf der andern Seite gilt der §. 359, auf den ſich jener Art. 3 bezieht, nicht nur von Klagen im ordentlichen Verfahren, er lautet allgemein und ſeine Vorſchrift muß nach drm Eingange des §. 674 auch in den Fällen des abgekürzten Verfahrens (wie ſolche in den §§. 675 — 1095 vom Arreſtprozeſſe bis zum Vollſtreckungsverfahren aufgeführt ſind) zur Anwendung kommen, da jener §. 674 ſagt:

„Im abgekürzten Verfahren gelten im Allgemeinen die nämlichen Vorſchriften, welche für das gewöhnliche Verfahren gegeben ſind, mit den Abweichungen, die in den folgenden Titeln (d. i. XXXII — XLII) für beſondere Angelegenheiten vorgeſchrieben werden ꝛc.

Der §. 359 und folglich mittelbar der Art. 3 der Novelle gilt alſo nicht blos von Klagen, welche im ordentlichen Prozeſſe angebracht ſind, ſondern im Allgemeinen auch von jenen, durch welche um einen Arreſt, um einen unbedingten Befehl nachgeſucht wird, von Klagen im Exekutiv- und Wechſelprozeſſe, im Beſitzprozeſſe und Gantprozeſſe, von Aufforderungsklagen, Editionsklagen und Vollſtreckungsgeſuchen. In allen dieſen Fällen kann das Klaggeſuch angebrachtermaßen verworfen werden. Geſchieht dies auf die im §. 359 bezeichnete Weiſe und nicht wegen einer ſingulären geſetzlichen Vorſchrift in andrer Bedeutung, ſo muß wohl der Art 3 der Novelle Anwendung finden.

Was nun die einzelnen, oben erörterten, Fälle betrifft, ſo iſt

1) in Bezug auf den §. 688, nämlich in Bezug auf die Verwerfung einer Arreſtklage angebrachtermaßen der Art. 3 der Novelle anwendbar.

Der §. 688 beſtimmt gar nicht, unter welchen Vorausſetzungen ein Arreſtgeſuch angebrachtermaßen verworfen werden könne, er ſetzt vielmehr dieſe Verwrrfungsart als durch eine andere geſetzliche Beſtimmung bereits geregelt voraus. Eine ſolche Beſtimmung (von allgemeiner Art) findet ſich nun aber nur im §. 359. — Nur auf den Grund des §. 359, alſo uur bei dem Daſein der dort beſtimmten Vorausſetzungen lann alſo eine Arreſtklage, wie in gleichem Falle jrde andere Klage, angebrachtermaßen verworfen werden. Iſt dies der Fall, iſt alſo eine Arreſtklage nur wegen Unvollſtändigleit, Unbeſtimmtheit, Undeutlichkeit oder andrer formeller Mängel angebrachtermaßen verworfen, ſo ſehe ich nicht ein, warum nicht gegen dieſe Verwerfung der Klage nach Art. 3 der Novelle ſollte Beſchwerde geführt, oder ſtatt deſſen dieſelbe nach §. 359 unter Verbeſſrrung des Maugrlhaften von neuem ſollte angebracht werdrn können. Die Verwerfung

angebrachtermaßen darf, da der §. 688 nichts Singuläres festsetzt, nur unter den Voraussetzungen des §. 359 erfolgen, daher müssen auch die in diesem §. und im Art 3. der Novelle bestimmten Folgen dieser Verwerfungsart eintreten.

Der Umstand, daß nach §. 688 von der Verwerfung eines Arrestgesuchs dem Beklagten vorläufig keine Mittheilung gemacht wird, hat hierher keinen Bezug, denn dies gilt nicht nur von einer Verwerfung angebrachtermaßen, sondern auch von der definitiven Verwerfung, und beruht auf der Rücksicht, daß die Gehässigkeit, welche eine Arrestklage mit sich führt, nicht unnöthig (d. h. der alsbaldigen Verwerfung ohnerachtet) erregt, und der Beklagte nicht aufmerksam gemacht werde, die Verwirklichung des Arrestgesuchs, fosern der Kläger dasselbe nochmals erneuern sollte, durch Flucht ꝛc. etwa zum voraus zu vereiteln.

2) Auch der §. 703, welcher von der Verwerfung angebrachtermaßen in Bezug auf unbedingte Befehle spricht, setzt keine diesfallsigen Erfordernisse fest, eine solche Verwerfung gründet sich daher auch hier im Allgemeinen auf den §. 359.

Indessen ist hier eigenthümlich, daß die Mangelhaftigkeit, wegen welcher die Verwerfung angebrachtermaßen erfolgt, von zweierlei Art sein kann. Sie kann sich entweder auf die allgemeinen Erfordernisse jeder Klage (hinsichtlich der Deutlichkeit, Bestimmtheit und Vollständigkeit des Vortrags ꝛc.), oder nur auf den im §. 702 für unbedingte Befehle besonders geforderten vollkommenen Urkundenbeweis beziehen.

Im erstern Falle müßte das Gesuch auch im ordentlichen Verfahren zurückgewiesen werden; im letztern Falle ist es dagegen als ordentliche Klage zulässig, und die Verwerfung angebrachtermaßen bezieht sich, wie der Mangel selbst, nur auf die gewählte Prozeßart. In diesem letztern Falle soll daher nach §. 703 die Ladung immerhin in so weit, als sie begründet ist, nämlich wenigstens im ordentlichen Verfahren erkannt werden, und das Gesuch wird nur in Bezug auf den unbedingten Befehl angebrachtermaßen verworfen.

Im erstern Falle ist lediglich kein Grund ersichtlich, warum der Art. 3 der Novelle nicht zur Anwendung kommen soll. Das Gesuch um einen unbedingten Befehl wird hier lediglich wegen der im §. 359 allgemein erwähnten formellen Mängel angebrachtermaßen verworfen. Werden diese Mängel verbessert, so kann das Gesuch erneuert werden, — und hält der Kläger dafür, daß die gerügten Mängel gar nicht vorhanden, beziehungsweise daß es keine Mängel seien, so kann er Beschwerde führen. Es handelt sich hier lediglich um Anwendung des §. 359 und des darauf bezüglichen Art. 3 der Novelle.

Im andern Falle dagegen, wo der zur Erwirkung eines unbedingten Befehls erforderliche Urkundenbeweis fehlt, handelt es sich um keinen formellen, sondern um einen materiellen Mangel. Das Gesuch um einen unbedingten Befehl ist nach den vorgelegten Urkunden in Rechten gar nicht begründet, es sollte daher, wenn man die allgemeinen Bestimmungen (§§. 358 und 359) anwendete, eine unbedingte Verwerfung des Gesuchs, und nicht blos eine Verwerfung angebrachtermaßen eintreten. Es handelt sich nicht (wie sonst im Falle des §. 359) um eine Art Vorfrage wegen formeller Mängel, nach deren Berichtigung erst erkannt werden sollte, ob der unbedingte Befehl zu ertheilen oder zu versagen sei. Derselbe wird vielmehr, weil es an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt, definitiv versagt, denn mit der Verwerfung angebrachtermaßen wird nach §. 703 sogleich das ordentliche Verfahren eingeleitet.

Die Verwerfung angebrachtermaßen hat daher durchaus nicht die Natur der im §. 359 gedachten Verfügung, und der Grund, aus dem sie im §. 703 gleichwohl als eine Verwerfung angebrachtermaßen bezeichnet wird, liegt darin, weil die Klage nicht im Ganzen, sondern nur in der gewählten Prozeßart verwerflich erklärt werden soll. Das „angebrachtermaßen" bezieht sich auf die Art des Anbringens der Klage als Gesuch um einen unbedingten Befehl, d. i. auf die Prozeßart. Das Gesuch um einen unbedingten Befehl wird verworfen, nicht aber das Begehren in der Hauptsache, über welche vielmehr jetzt erst in einer andern Prozeßart die Verhandlung eingeleitet wird.

In einem solchem Falle hat somit die Verwerfung angebrachtermaßen als eine Verwerfung der gewählten Prozeßart eine ganz andere Bedeutung und andere Voraussetzungen, als im Falle des §. 359. — Es ist nicht dieser §. 359, der hier angewendet wird, sondern es ist eine, wenn auch indirekt ausgedrückte, singuläre Vorschrift des §. 703. Der Art. 3 der Novelle wegen Zulassung der Beschwerdeführung kann daher, da er sich nur

Digitized by Google

auf Verfügungen im Sinne des §. 359 bezieht, auf Fälle der bezeichneten Art keine Anwendung finden.

3) Dasselbe gilt von der im §. 728 enthaltenen Verfügung auf eine Exekutiv- oder Wechselklage.

Wird eine solche Klage nach §. 359 wegen formeller Mängel angebrachtermaßen verworfen, so findet der Art. 3 der Novelle Anwendung. Wird sie aber nicht wegen solcher Mängel, sondern nach §. 728 deswegen verworfen, weil der nach §. 726 erforderliche liquide Urkundenbeweis fehlt, so kann, des gebrauchten Ausdruckes „angebrachtermaßen" ohnerachtet, der Art. 3 der Novelle nicht angewendet werden, indem dieses „angebrachtermaßen" auch hier eine definitive Verwerfung der gewählten Prozeßart enthält, und deßhalb gleichzeitig die weitere Verhandlung in einer andern (geeigneten) Prozeßart eingeleitet wird.

4) Auch im Falle des §. 734 findet der Art. 3 der Novelle keine Anwendung.

Es wird zwar hier nicht, wie im Falle des §. 728, über die angebrachtermaßen verworfene Exekutiv- oder Wechselklage sogleich das geeignete andere Verfahren eingeleitet (es geht dieß nicht an, weil hier nicht erst Ladung zu erkennen, sondern der Exekutiv- oder Wechselprozeß bereits im Laufe ist), — allein die Verwerfung angebrachtermaßen kann im Fall des §. 734 schon deswegen nicht unter die Bestimmung des §. 359 fallen, weil die Letztere eine Ladungsversagung enthält, der Fall des §. 734 aber eine vorhergegangene Verhandlung voraussetzt, auf deren Grund hin die gewählte Prozeßart definitiv, und nur darum das Begehren selbst angebrachtermaßen (d. h. in der gewählten Prozeßart) verworfen wird.

Die Red.

II.

Ein Rechtsfall, als Beitrag zur geschichtlichen Entwicklung unseres badischen Rechts.

Eine Rotterdamer Handlung hatte sich wegen einer Forderung von 1200 fl. gegen einen Mannheimer Schiffer ein Exekutionsdecret erwirkt. Liegenschaften besaß der Schiffer nicht, und der Exequent berichtete, daß die Pfändung nicht vollzogen werden könne, weil wegen des Todesfalls der Frau des Schiffers Obsignation vorgenommen worden sei.

Die Gläubigerin bat beim Amtsrevisorat, daß man die Obsignation fortbestehen und sie zu den Theilungsverhandlungen zuziehen solle. Darauf reskribirte das Amtsrevisorat, „der Schiffer und seiner verstorbenen Frau erstehelicher Sohn hätten kein öffentliches Erbverzeichniß verlangt."

Die Gläubigerin bat dann beim Stadtamte Mannheim die Exekution fortzusetzen, nöthigenfalls unter Aufhebung der Obsignation, worauf das Stadtamt verfügte, „der Exequent wird angewiesen die Pfändung zu vollziehen und wo nöthig die Siegel-Abnahme durch großherzogliches Amtsrevisorat nachzusuchen." Später erfolgte der Beschluß: die klagende Handlung wird benachrichtigt, daß nach Anzeige des Exequenten der Beklagte dem Vernehmen nach alle vorhandenen Fahrnisse vor der Pfändung aus der Hand verkauft und den Erlös mit seinem Sohne getheilt habe.

Um nun zu erfahren, welches Vermögen zur Zeit des Todes der Ehefrau des Beklagten vorhanden und obsignirt worden sei; wie das Vermögen des Schuldners absorbirt und auf welche Weise gegen Vater und Sohn eingeschritten werden müsse, bat die Gläubigerin beim Amtsrevisorate um Erlaubniß die erwachsenen Verlassenschafts resp. Theilungsakten einzusehen.

Das Stadtamtsrevisorat Mannheim reskribirte, „man wird die Einsicht der Akten gestatten, sobald sich die klagende Handlung zu diesem Begehren durch die Erlaubniß einer der Parthien (des schuldnerschen Ehemannes oder seines Stiefsohnes) legitimirt, indem nur diese nach §. 7. Regierungsbl. 1836. Nr. 53 hiezu berechtigt sind."

Da die Gläubigerin natürlicher Weise weder von ihrem Schuldner noch von dessen mit ihm einverstandenen Stiefsohne eine Vollmacht hierzu zu erwarten hatte, so wandte sie sich beschwerend an großherzogliches Justiz-Ministerium. Dort wurde auszuführen gesucht, daß es gegen alle Rechtsprinzipien verstoße, den Gläubiger bei Ergreifung von Maßregeln gegen seinen Schuldner von der Einwilligung seines Schuldners oder einer mit ihm gleiches Interesse habenden Person abhängig zu machen, daß auch nach den Landrechtsätzen 1166, 1167, 807, 808, 809, 820, 821, 826, 870, 878, 882. jeder Gläubiger die Verlassenschafts- oder Theilungsakten seines Schuldners einsehen dürfe, daß daher der vom Amtsrevisorate allegirte §. 7 des Regierungsblatts 1836 Nr. 53 ganz irrig und unpraktisch angewendet sei, indem dadurch die

Digitized by Google

Gläubiger neben der Exekutions-Ordnung in neue Verlegenheiten gesetzt seien. Es wurde gebeten das großherzogliche Amtsrevisorat zu veranlassen, die Akteneinsicht der klagenden Handlung zu gestatten.

Das großherzogliche Justiz-Ministerium verfügte hierauf: die Beschwerde der klagenden Handlung wegen der von dem Amtsrevisorate verweigerten Einsichtnahme der fraglichen Verlassenschaftsakten wird verworfen, da in der Regel die Inventuren nicht zur Offenkundigkeit sondern lediglich im Interesse der Erben errichtet werden, eine im Gesetz begründete Ausnahme aber, wie sie bei der Erbschaftsantretung mit Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses Statt findet, im vorliegenden Falle nicht behauptet ist, das Amtsrevisorat daher den §. 7 Regierungsbl. 1836. Nr. 45 richtig angewendet hat.

Gernandt.

III.

Frage.

Beweisen Privaturkunden, welchen die in den Landrechtsätzen 1325 und 1326 vorgeschriebene Form abgeht, vollständig, wenn sie vom Producten nur anerkannt sind, und der Product die ihm wegen dieser Formfehler zustehenden Beweiseinreden nicht vorgeschützt hat?

K.

Antwort der Redaktion.

Die Beweiseinreden im Allgemeinen sind von zweierlei Natur: solche, die auf selbstständigen Thatsachen beruhen, durch welche die vom Gegner vorgeschlagenen Beweismittel entkräftet werden (z. B. Thatsachen, durch welche ein Zeuge verdächtigt oder als verwerflich dargestellt wird), — sodann solche, durch welche blos das Mangelhafte der gegnerschen Beweismittel an sich gerügt, d. h. die Unerheblichkeit oder Unzulässigkeit dieser Beweismittel aus dem Gesetze selbst nachgewiesen wird.

Da der Richter das Gesetz kennen und anwenden muß, wenn auch die Partei ihn nicht darauf aufmerksam macht, so müssen die Beweiseinreden der letztern Art, auch ohne daß sie vorgeschützt werden, d. h. es muß das, was als eine solche Beweiseinrede geltend gemacht werden könnte, schon von Amtswegen berücksichtigt werden.

Es verhält sich damit eben so, wie z. B. im Vorverfahren mit der im §. 296 der Prozeßordnung erwähnten Einrede des dunklen oder unvollständigen Klagvortrags, welche Einrede der Richter gar nicht abwarten darf, indem er nach §. 248 und 359 die Verbesserung jener Unvollständigkeiten oder Undeutlichkeiten auch von Amtswegen zu veranlassen hat.

So verhält es sich nun auch mit den Beweiseinreden, welche auf die Mängel der in den S. 1325 und 1326 für gewisse Urkunden vorgeschriebenen Formen gestützt sind. Sie sind, wenn auch ihre Aechtheit anerkannt oder bewiesen ist, eben nach den S. 1325 und 1326 wegen formeller Mängel nicht beweiskräftig. Der Richter hat ihre Beweiskraft selbst zu prüfen, und soweit sie nach den Gesetzen ungültig oder mangelhaft sind, liefern sie eben dem Richter den Beweis nicht, der ihm nöthig ist, um die darin bezeugte Thatsache als wahr anzunehmen.

Der schlagendste Beweis dafür, daß das Nichtvortragen solcher aus dem Gesetze selbst zu entnehmender Beweiseinreden, oder der Ausschluß mit denselben die gesetzlichen Mängel eines Beweismittels nicht aufhebe, sondern daß der Richter diese, nicht durch Beweiseinreden gerügten, Mängel immerhin von Amtswegen zu berücksichtigen habe, liegt darin, daß ja das Gesetz unter diese Beweiseinreden sogar das Einwenden der Unerheblichkeit eines vorgeschlagenen Beweismittels aufgenommen hat. §. 431 und 582. Nun wird man aber doch nicht annehmen wollen, daß, wenn der Produkt die Unerheblichkeit einer vorgelegten Urkunde oder des Inhalts einer Zeugenaussage nicht eingewendet hat, der Richter die Urkunde oder Zeugenaussage ihrer materiellen Unerheblichkeit ohnerachtet nun für erheblich annehmen müsse. Er wird vielmehr diese Erheblichkeit oder Unerheblichkeit in allen Fällen selbst zu prüfen haben. In gleicher Weise wird er aber auch die aus den gesetzlichen Bestimmungen der S. 1325 und 1326 folgende Ungültigkeit oder Beweislosigkeit einer Urkunde für sich selbst zu prüfen haben, und er kann eine gesetzlich unkräftige Urkunde blos deßwegen, weil der Produkt ihre Beweislosigkeit nicht gerügt hat, in keinem Falle als beweisend annehmen.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 7. Mai 1842.

I.

Wie weit geht das Recht der Anschließung des Appellaten an die Appellation seines Gegentheils. Eine Erläuterung der §§. 1166, 1189 der Prozeßordnung.

Obschon der Umfang des Anschließungsrechts des Appellaten theilweis deutlich in unserer Prozeßordnung bestimmt ist, so entstehen doch über die gänzliche Bestimmung dieses Umfangs bei vorkommenden Fällen Zweifel jeder Art, und man beschränkt häufig die Anschließung auf eine Weise, welche den deutlichen Vorschriften der Prozeßordnung gerade zuwider läuft. Es wird daher zur Sicherstellung der Vorschriften, welche unsere Prozeßordnung hierüber enthält, ihre Erläuterung nicht überflüssig sein.

Der §. 1166 der Prozeßordnung ertheilt bei der Anmeldung eines Rechtsmittels von der einen Partei für deren Gegner die Befugniß, sich dem Rechtsmittel anzuschließen, und so dasselbe auch ohne eigene Anmeldung innerhalb der Nothfristen zu gebrauchen, jedoch nur über dieselben Streitpunkte.

Der §. 1166, der das Recht der Anschließung des Gegners an das Rechtsmittel der andern Partei einführt, steht aber im 45. Titel von den Rechtsmitteln im Allgemeinen, und da es nun nach §. 1189 der Prozeßordnung eine Anschließung des Appellaten an die Appellation des Appellanten, und nach §. 1262 der Prozeßordnung eine Anschließung des Wiederherstellungsbeklagten an die Wiederherstellungsklage des Restitutionskläger gibt, so muß nach den bekanntesten und sichersten Auslegungsregeln der Gesetze die Ausdehnung der Anschließung bei der Appellation nach dem §. 1189, und nicht nach dem §. 1166 selbst in dem Fall bestimmt werden, wo diesen bei den Vorschriften eine Verschiedenheit ihrer Bestimmung einwohnen sollte — lex specialis derogat generali. Wenn also auch der allgemeine §. 1166 von einer Anschließung an ein Rechtsmittel nur über dieselben Streitpunkte spricht, so kann diese etwaige Beschränkung der Anschließung an Rechtsmittel bei der Anschließung an die Appellation nicht geltend gemacht werden, wenn der die Anschließung an die Appellation bestimmende §. 1189 diese Beschränkung nicht nur nicht enthält, sondern vielmehr für diese Anschließung und insbesondere für ihren Umfang andere deutliche Vorschriften ertheilt werden. Ja es kann auf diese Beschränkung um so weniger Rücksicht genommen werden, als der Ausdruck über dieselben Streitpunkte kein in sich fester und abgeschlossener Begriff ist, sondern solcher relativ aufgefaßt, und darnach bestimmt werden muß, wornach die Streitpunkte bei den verschiedenen Vorkommenheiten des Prozeßverfahrens zu verstehen und zu erfassen sind.

Untersucht man nun die Vorschrift des §. 1189 der Prozeßordnung, so zerlegt sie sich in zwei verschiedene, jedoch mit einander in einer Relation stehende Bestimmungen. Der erste Zweck des §. 1189 ist der, den Inhalt der Appellationsanmeldung zu bestimmen, und in dieser Beziehung wird vorgeschrieben, daß die Appellationsanmeldung eigentlich die besondern Theile des trennbaren erstinstanzlichen Urtheils zu bezeichnen hat, gegen welche die Appellation ergriffen wird. Es ist aber diese Vorschrift nicht als eine nothwendig zu befolgende aufgestellt, sondern es wird zugleich eine ganz allgemeine, die besondern Beschwerdepunkte des Appellanten nicht eigends bezeichnende Appellationsanmeldung zugelassen, und derselben die Wirkung und der Umfang ertheilt, daß alsdann die Appellationsanmeldung als gegen alle jene Bestimmungen des ergangenen Urtheils gerichtet angesehen wird, welche nicht den Anträgen des Appellanten in der vordern Instanz

Digitized by Google

gemäß entschieden worden sind. In der Appellationsbeschwerdeschrift, wo nach §. 1170 Nr. 2. die Beschwerden gegen das vordere Erkenntniß besonders aufzustellen sind, kann also der nur allgemein die Appellation angezeigt habende Appellant alle jene Punkte des ergangenen Erkenntnisses zu Beschwerden erheben, in welchen der vordere Richter nicht seinen Bitten gemäß geurtheilt hat, und da dem Appellanten sonach eine allgemeine Appellationsanzeige hinsichtlich seiner künftigen Aufstellung der Beschwerden in keiner Weise nachtheilig ist, so wird er in dieser Beziehung, wie auch die Erfahrung beweist, die allgemeine Appellationsanzeige vorziehen.

Diese erste Bestimmung des §. 1189 hinsichtlich des Umfangs der Appellationsanmeldung ist klar, und wenn nun der §. 1189 zum Zweck der zweiten Bestimmung seines Inhalts fortfährt, daß sie (die eben bestimmte Appellationsanmeldung) das Recht der Anschließung für den Appellaten in eben diesem Umfang begründet, so sollte man meinen, daß auch diese zweite Inhaltsbestimmung des §. 1189 hinsichtlich des Umfangs des Anschließungsrechts des Appellanten klar und deutlich ist. Hiernach wird nämlich vorgeschrieben, daß der Umfang des im §. 1166 schon im Allgemeinen zugelassenen Anschließungsrechts des Appellaten dem Umfang der Appellationsanmeldung von Seiten des Appellanten korrespondiren und gleichgestellt sein soll. Fragen wir nun nach dem Umfang der letztern, so ist sie entweder eine besondere, einzelne Punkte des vordern Urtheils ergreifende Anmeldung, oder sie ist eine allgemeine, alle jene Punkte fakultativ erfassende Anmeldung, welche nicht den Anträgen des Appellaten in der vordern Instanz ganz gemäß entschieden worden sind, und je dieser Umfang bestimmt nun auch den Umfang des Anschließungsrechts in der Art, daß im Fall einer besondern Appellationsanzeige des Appellanten der Appellat sich der Appellation nur über die Punkte anschliessen kann, welche der Appellant in der besondern Appellationsanmeldung eigends bezeichnet hat, und daß im Fall einer allgemeinen Appellationsanmeldung der Appellat sich der Appellation seines Gegners nicht nur in den von demselben in der spätern Beschwerdeschrift aufgestellten Beschwerdepunkten anschließen, sondern daß er die Appellation des Gegentheils als ein nach §. 1166 gemeinschaftliches Rechtsmittel überall und in allen Punkten des vordern Erkenntnisses benützen kann, welche nicht seinen Anträgen ganz gemäß entschieden worden sind. Denn wenn als Umfang der allgemeinen Appellationsanmeldung alle jene Punkte eines Urtheils bezeichnet werden, welche nicht nach den Anträgen des Appellanten entschieden wurden, so kann man sehr wohl annehmen, daß dem Wortverstande nach eben dieser Umfang des Anschließungsrechts des Appellaten kein anderer sei, als jener, der sich auf die Punkte bezieht, welche nicht seinen Anträgen gemäß entschieden wurden. Es ist daher die Meinung Jener, welche sich an den Ausdruck des §. 1166 „dieselben Streitpunkte" haltend behaupten, daß darunter nur die Beschwerdepunkte der Appellationsbeschwerdeschrift zu verstehen, und also die Anschließung auf diese besondern Beschwerdepunkte zu beschränken seien, offenbar verwerflich, und sie ist selbst durch den §. 1189 ausdrücklich verworfen, denn da derselbe ausdrücklich besagt, daß das Recht der Anschließung bei der allgemeinen Appellationsanmeldung in dem mit dem Umfang dieser Appellationsanmeldung korrespondirenden Umfang besteht, wenn gleich später in der Beschwerdeschrift das Rechtsmittel nicht gegen alle diese Theile des Urtheils gerichtet ist, so ist damit in dürren Worten gesagt, daß keineswegs die besondern Beschwerdepunkte der Appellationsbeschwerdeschrift den Umfang des Anschließungsrechts bestimmen, sondern daß in dem Fall, wo der Appellant noch mehr Beschwerdepunkte aufstellen konnte, auch der Appellat ein umfangreicheres Anschließungsrecht hat. Allerdings kann der Appellant durch besondere punktweise Appellationsanmeldung das Anschließungsrecht des Appellaten auf diese besondern Punkte beschränken, und diese Beschränkung ist alsdann der gesetzliche Vortheil seiner besondern Appellationsanmeldung; allein eben dann, wenn er sich dieses Rechts nicht theilhaftig gemacht, sondern sich durch allgemeine Appellationsanmeldung einen größern Spielraum für die Aufstellung seiner Beschwerdepunkte geöffnet hat, erforderte es die Gleichheit der Rechte der Parthien, daß dem Appellaten auch ein größeres Recht seiner Umschließung ertheilt, und dasselbe gleich dem Beschwerdeaufstellungsrecht des Appellanten gegen alle seinen Anträgen nicht entsprechenden Punkte auf alle jene Punkte ausgedehnt wird, welche nicht seinen Bitten entsprachen.

So klar es unter diesen Voraussetzungen ist, daß bei einer allgemeinen Appellationsanmeldung nicht die später

aufgestellten besondern Beschwerdepunkte den Umfang des Anschließungsrechts des Appellaten bestimmen, eben so wenig ist es zu bezweifeln, daß dieses jedenfalls ausgedehntere Anschließungsrecht des Appellaten doch noch einer verschiedenen Ausdehnung fähig ist.

Wenn man nämlich die beiden streitenden Parthien als sich selbstständig gegenüberstehend auffaßt, so kann man sagen, daß ihre im Verfahren gleichen Rechte sich immer je nach ihrem eigenen Standpunkt in der Art gleich bestimmen, daß das, was der einen Parthie in ihrem gegen den Gegentheil gerichteten Vorbringen recht und gesetzlich ist, auch diesem Gegentheil in seinen der Gegenparthie entgegneten Vorbringen recht und gesetzlich sein muß, und davon ausgegangen kann man in Beziehung der gegenseitigen Anträge beider Parthien hinsichtlich des einmal gemeinschaftlichen Rechtsmittels der Appellation sagen, daß wenn der Appellant seine allgemeine Appellationsanmeldung gegen alle Punkte richten kann, welche nicht seinen Anträgen entsprechen, auch der Appellat seine Anschließung ebenfalls auf alle jene Punkte richten darf, die nicht seinen Anträgen entsprechen, denn nur so sind ihre gleichen Rechte von ihrem gegenseitigen Standpunkte aus sich wirklich gleich, und nur dieses stellt eben denselben Umfang ihrer gegenseitigen Rechte im gemeinschaftlichen Rechtsmittel der Appellation dar, ohne daß man behaupten kann, daß diese Auslegung über den Wortverstand des Ausdrucks „in eben diesem Umfange" hinausgehe.

Man kann aber auch, so wie man das Anschließungsrecht des Appellaten nicht als ein selbstständiges, sondern nur als ein aus der Appellation des Appellanten abgeleitetes Recht betrachtet, sehr wohl sagen, daß es also immerhin durch den Umfang des Appellationsrechts des Appellanten von seinem Standpunkt aus bestimmt werde, und wenn man nun davon ausgeht, so kann man sagen, der Appellant kann auch bei einer allgemeinen Appellationsanmeldung nur gegen jene Punkte des Urtheils appelliren, welche nicht seinen Anträgen ganz gemäß entschieden worden sind, und waren mit dem Urtheil noch weitere Punkte verknüpft, in welchen seinen Anträgen ganz gemäß entschieden wurde, so kann er dagegen nicht appelliren, solche Punkte gehören also auch nicht zum Umfang seines Appellationsanmeldungsrechts. Der Umfang des Appellationsanschließungsrechts soll aber derselbe sein, als wie der Umfang des Appellationsanschließungsrechts, der Punkt, in welchem der Appellant gänzlich obgesiegt hat, ist in dem Anmeldungsrecht des Appellanten nicht enthalten, folglich liegt er auch nicht in dem Umfang des Anschließungsrechts des Appellaten, und sonach kann der Appellat in diesem Punkt nicht adhäriren, sondern muß eine eigene Appellation ergreifen. Bei dieser Auslegung des §. 1189 ginge alsdann das Anschließungsrecht des Appellaten zwar immer noch über die etwaige spätere besondere Beschwerdeaufstellnng in der Beschwerdeschrift hinaus, sie würde aber nicht auf alle jene Punkte gehen, worin er gänzlich unterlegen, wo umgekehrt also den Anträgen des Appellanten ganz gemäß entschieden ist, sondern sie würde nur noch jene Punkte umfassen, welche zwar dem Appellanten nicht zu besondern Beschwerden gedient haben, welche aber doch nicht ganz nach den Anträgen des Appellanten entschieden wurden, bei denen er sich aber beruhigt. Nehmen wir beispielsweise den Fall an: der Kläger hat drei Forderungen eingeklagt, eine von 1000 fl., zu deren ganzen Zahlung der Beklagte verurtheilt ist, eine zu 500 fl., um deren ganze Abweisung der Beklagte gebeten, aber nur die Abweisung der Hälfte erreicht hat, und eine zu 100 fl., mit der der Kläger den Anträgen des Beklagten gemäß ganz abgewiesen wurde. Der Beklagte zeigt die Appellation ganz allgemein an, richtet sie aber in der Beschwerdeschrift nur gegen seine Verurtheilung zu den 1000 fl., so daß es sich also für den sich anschließenden Appellaten frägt, wie weit er sich anschließen kann. Daß es auf die Unterlassung einer besondern Beschwerde hinsichtlich der zweiten Forderung ad 500 fl. nicht ankommen kann, und daß der Appellat sich wegen Abweisung der Hälfte der Forderung anschließen darf, kann nicht bezweifelt werden, denn einmal wurde von seinem Standpunkt aus nicht seinem Antrag auf gänzliche Verurtheilung des Beklagten gemäß erkannt, und auch vom Standpunkt des Appellanten aus ist dieser Punkt nicht seinem auf gänzliche Abweisung des Klägers gerichteten Antrag gemäß entschieden worden. Der Streit dreht sich allein um die Anschließung des Appellaten hinsichtlich der Forderung zu 100 fl., worüber nicht seinem Antrag gemäß, wohl aber dem Antrag des Beklagten ganz gemäß entschieden, und Kläger Appellat in der Art abgewiesen wurde, daß diese Forderung keinen Grund der Beschwerde des Appellanten abgeben konnte

Was ist hier Rechtens? Es läßt sich nicht mit Gewiß-

Digitized by Google

heit nachweiſen, was die Meinung des Geſetzgebers war, und wenn man auch früheres und gemeines Prozeßrecht zur Entſcheidung dieſes Zweifels beizieht, ſo kommt man ebenfalls nicht zu einer ſichern Entſcheidung.

Aus dem §. 1166 und zwar aus ſeinem Ausdeuck über dieſelben Streitpunkte kann nichts für den zweideutigen Ausdruck des §. 1189 gefolgert werden, weil die Beſchränkung der Anſchließung auf dieſelben Streitpunkte, wenn man ſie auf die Streitpunkte der Appellation bezieht, eine Anſchließung nur hinſichtlich der beſondern Beſchwerdepunkte der Appellation rechtfertigen würde, was augenſcheinlich nach §. 1189 nicht der Fall iſt. Aus den §§. 1209—1212 der Prozeßordnung, welche nähere Vorſchriften über die Form der Anſchließung ertheilen, geht ſchon deßhalb nichts Sicheres über die Auslegung des §. 1189 hervor, weil dieſee §. allein den Umfang der Anſchließung beſtimmt, demnach dee §. 1189 bei dieſer nicht die Form, ſondern den Umfang dee Anſchließung betreffenden Streitfrage den Vorzug verdient. Zwar ſpeicht der §. 1209 von einer Aufſtellung der eigenen Beſchwerden des Adhäeenten gegen die nämlichen Theile des Urtheils, gegen welche der Appellant die Appellation angemeldet hat, woeaus man alſo ſchließen könnte, daß die Anſchließung nur auf jene Theile des Urtheils geht, gegen welche auch die Beſchwerden des Appellanten laufen. Wenn man aber nicht übeeſieht, daß der §. 1209 von den nämlichen Punkten ſpricht, gegen welche der Appellant die Appellation angemeldet hat, ſo findet man alsbald, daß ſich der §. 1209 nur auf den Fall bezieht, wo die Appellation nach dem Eingang des §. 1189 gegen beſondere Urtheilspunkte beſonders angemeldet wurde, und hierin iſt es, wie ſchon gezeigt, keinem Zweifel unterworfen, daß die Anſchließung auch nur auf dieſe beſondern alsbald angemeldeten Appellationspunkte geht. Wenn dagegen der Appellant ſeine Appellation allgemein angemeldet hat, ſo gibt es keine nämliche Urtheilstheile der Appellationsanmeldung *), ſo daß für dieſen ganz verſchiedenen Fall aus dem §. 1209 nichts gefolgert werden kann. Hinſichtlich der Anſchließung an die Wiederherſtellungsklage iſt es zwar nach §. 1262 richtig, daß dieſe Anſchließung nur auf die Punkte ſich bezieht, gegen welche die Wiederherſtellungsklage ſelbſt gerichtet iſt. Wenn man abee bedenkt, daß die Wiederherſtellungsklage gegen rechtskräftige Erkenntniſſe geht, während die allgemeine Appellationsanmeldung, bei welcher allein der Zweifel über den Umfang des Anſchließungsrechts des Appellaten ſich ergibt, eben ſo allgemein die Rechtskraft des Urtheils a qua hindert, ſo wied man aus dee Beſchränkung dee Anſchließung bei der Wiedeeherſtellungsklage nichts für eine Beſchränkung der Anſchließung bei der Appellation folgeen können.

Ebenſowenig läßt ſich aus der Betrachtung des frühern badiſchen und des gemeinen Prozeßrechts etwas Sicheres für die zweifelhafte Auslegnng des §. 1189 folgeen. Es iſt zwar richtig, daß unſere Obergerichtsordnung im §. 201, ſowie die Doktrin und der Gerichtsgebrauch des gemeinen Peozeßrechts die Anſchließung des Appellaten auf einen und ebendenſelben Klaggegenſtand beſchränkt hat, gegen welchen die Appellation ſelbſt gerichtet iſt, oder daß, wie man ſich auszudrücken pflegte, die Anſchließung auf ein gravamen commune beſcheänkt war. Allein die Beurtheilung deſſen, was ein gravamen commune iſt, konnte nach dem gemeinen Recht nur aus der Beſchwerdeaufſtellung entnommen werden, ſo daß dorten hinſichtlich einer beſondern oder allgemeinen Appellationsanmeldung nichts für die Beſtimmung des gravamen commune zu folgern war, und da nun unſer §. 1189 auf eine nicht zu widerſprechende Weiſe bei der allgemeinen Appellationsanmeldung eine Anſchließung zuläßt, welche weiter geht, als die ſpäter vom Appellanten aufgeſtellten beſondern Beſchwerdepunkte, ſo erfordert unſere Prozeßordnung in dieſer Beziehung kein erſt aus der Beſchwerdeſchrift zu ermeſſendes gravamen commune. Man könnte zwar ein gravamen commune in jenen Punkten finden, welche nicht ganz nach den Anträgen des Appellanten, alſo auch nicht ganz nach dem Verlangen des Appellaten entſchieden wurden, und man könnte ſagen,

*) Wenn der §. 1189 ſagt: in Fällen, wo die Appellationsanmeldung keine einzelnen Theile des Uetheils bezeichnet, „gilt ſie „als gegen alle die Beſtimmungen deſſelben gerichtet, welche „nicht den Anträgen des Appellanten gänzlich gemäß ſind," — ſo ſind dies ja bei einer allgemeinen Appellationsanmeldung die Urtheilstheile der Appellationsanmeldung, d. h. wer die Appellation unbeſtimmt allgemein anmeldet, der meldet ſie nach der Fiktion des Geſetzes gegen alle diejenigen (aber auch nur gegen diejenigen) Beſtimmungen des Urtheils an, welche ſeinen Anträgen nicht gänzlich gemäß ſind. Auch nur dieſe Beſtimmungen ſind daher in einem ſolchen Falle die Theile des Urtheils, gegen welche dee Appellat nach §. 1209 das Recht der Anſchließung geltend macht.

D. Red.

Digitized by Google

daß in jenen Punkten, welche ganz nach den Anträgen des Appellanten entschieden wurden, kein gravamen des Appellanten denkbar, also auch kein gravamen commune zu finden seie. Wenn man aber wieder an die Natur der allgemeinen Appellationsanmeldung denkt, welche dem Appellanten das Recht ertheilt, in der Beschwerdeaufstellung alle Punkte des Urtheils als Beschwerde aufzustellen, welche nicht seinen Anträgen entsprachen, so bildet also das ergangene Urtheil in der allgemeinen Appellationsanmeldung auch sein gravamen generale, und insofern nun das Urtheil auch Punkte enthält, welche nicht den Anträgen des Appellaten gemäß entschieden wurden, so geht seine Anschließung auch gegen dieses Urtheil in seiner allgemeinen Fassung, und trifft also denselben Gegenstand der Beschwerde des Appellanten, bildet folgeweise das gravamen generale zu einem beiderseitigen commune.

Zudem war es nach dem Hauptgesetz des gemeinen Prozeßrechts über die Adhäsion, nach l. 39. pr. C. de appell. 7. 62. keinem Zweifel unterworfen, daß der Adhärent seine Anschließung gegen alle Theile des vordern Urtheils, ohne Unterschied, ob die Beschwerden des Appellanten dagegen gingen oder nicht, geltend machen konnte — habere licentiam et adversarium ejus, *siquid judicatis opponere maluerit*, hoc facere et judiciale moreri praesidium — und insofern läßt sich also die größere Ausdehnung der Adhäsion bei einer allgemeinen Appellationsanmeldung des Appellanten auf alle Punkte, welche nicht den Anträgen des Appellaten entsprachen, aus diesem frühern Gesetz rechtfertigen.

Wenn man aber weiß, welch großes Gewicht der Gerichtsgebrauch im gemeinen Prozeßrecht hatte, wenn es bekannt ist, daß nach diesem Gerichtsgebrauch die Adhäsion auf das aus der Beschwerdeaufstellung zu entnehmende gravamen commune beschränkt war, wenn man endlich bedenkt, daß unsere Prozeßordnung in so vielen Stücken nichts anderes als der zum Gesetz erhobene Gerichtsgebrauch des gemeinen deutschen Prozeßverfahrens ist, so wird man besser thun, sich für die beschränktere Ausdehnung der Anschließung und zwar dahin zu erklären, daß bei einer allgemeinen Appellationsanmeldung das Recht der Anschließung des Appellaten nur auf jene Punkte geht, in welchen der Richter nicht ganz nach den Anträgen des Appellanten erkannt hat, und worin also auch eine Beschwerde des Appellanten mit der Beschwerde des Adhärenten zusammentreffen kann. Es könnte daher im oben angeführten Fall der Appellat sich zwar hinsichtlich der Forderung von 500 fl., nicht aber hinsichtlich der Forderung von 100 fl. anschließen.

Ohnedies dehnt der §. 1189 das Anschließungsrecht des Appellaten im Fall der allgemeinen Appellationsanmeldung selbst dann aus, wenn gleich der Appellant später das Rechtsmittel nicht gegen alle diese Theile des Urtheils richtete. Diese Theile des Urtheils sind aber nur jene, in welchen nicht den Anträgen des Appellanten ganz gemäß erkannt wurde, und insofern scheint durch Wiederholung des sich hier allein auf den Appellanten beziehenden Beiworts diese auch das Beiwort in eben diesem Umfang sich nur auf die Stellung des Appellanten in der Art zu beziehen, daß der Appellat dabei nicht selbstständig gedacht werden kann, sondern daß er nur den Umfang für seine Anschließung besitzt, welchen der Appellant für seine Beschwerdeaufstellung hat, also abermals nur jene Punkte, in welchen nicht ganz nach den Anträgen des Appellanten erkannt wurde. Ueberall, wo ganz nach den Anträgen des Appellanten erkannt wurde, muß also der Appellat eine selbstständige Appellation anmelden.

Sander.

II.

Großherzoglich Badisches Oberhofgericht.

Urtheil.

In Sachen des Großherzoglichen Domänenfiskus Klägers Appellaten OAppellanten gegen die katholische Kirchspielsgemeinde Wagenstadt Bekl. OAppellatin Appellantin Frohndpflicht zum Pfarrhausbau betr., wird auf die gegen das Urtheil des Großherzogl. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 3. Febr. l. J. — wodurch das Erkenntniß des Bezirks-Amts Kinzingen vom 16. Mai v. J. besagend:

„Die Beklagte sei allerdings zur unentgeltlichen Lei„stung der zu den dortigen Pfarrhausbauten nöthigen „Hand- und Fuhrarbeiten verbunden, und schuldig, dem „Kläger die für solche Arbeiten, anläßlich der im „Sommer 1838 vorgenommenen Reparaturen im Pfarr„hause erwachsenen, besonders zu liquidirenden Kosten „zu ersetzen, und die Kosten dieses Streits zu „tragen" —

lediglich bestätiget und die beklagte appellantische Kirchspielsgemeinde auch in die Kosten dieser Instanz verfällt wurde —

Digitized by Google

anher ergriffene Oberappellation — nach gesetzlich gepflogenen Verhandlungen zu Recht erkannt:

daß das hofgerichtliche Urtheil zu bestätigen und die beklagte oberappellantische Kirchspielsgemeinde auch in die Kosten dritter Instanz zu verfällen sei.

V. R. W.

Mannheim d. 9. Oktober 1841.

(gez.) v. Stengel. v. Wöllwarth.

Entscheidungsgründe.

Der klagende Großherzogl. Domainenfiskus, welchem als Zehntherr auf die Gemarkung der Gemeinde Wagenstadt die Baupflicht für das dortige Pfarrhaus obliegt, verlangt von der beklagten katholischen Kirchspielsgemeinde daselbst die unentgeldliche Leistung der zu den Pfarrhausbauten nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten für die Zukunft sowohl, als auch den Ersatz für Bestreitung derselben bei einer in Sommer 1838 vorgenommenen Herstellung des Pfarrhauses.

Das Klagbegehren des Fiskus stützt sich auf den §. 15 und 18 des Kirchenbauedikts vom 26. April 1808 und ist durch diese Gesetzesstelle, soweit es die Verbindlichkeit zur Leistung der fraglichen Hand- und Fuhrarbeiten im Allgemeinen betrifft, gegen das beklagte Kirchspiel auch wohl begründet, da dieselben vorschreiben, daß in allen Fällen, auch wo das Kirchspiel nicht an der Ordnung zu bauen ist, die Hand- und Fuhrarbeiten zu dem Bau unentgeldlich von ihm zu leisten sind, wenn nicht für einen bestimmten Ort nachgewiesen werden kann, daß dort die Zehntherrn oder Kirchenkassen die Pflicht auf sich haben, diese Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen.

Bei dieser klaren gesetzlichen Vorschrift, welche, um die Kirchspielsgemeinde von der ihr gesetzlich obliegenden Last zu befreien, die Nachweisung verlangt, daß der Zehntherr die Pflicht derselben auf sich habe, d. h. daß ihm eine solche vermöge eines besondern Rechtstitels obliege, kann die von der beklagten Gemeinde in der Einlassung auf die Klage vorgeschützte Behauptung, daß sie weder beim Neubau, noch bei Reparation des Pfarrhauses Hand- und Fuhrdienste unentgeldlich geleistet, und daher hierdurch jedenfalls die Freiheit von dieser Last ersessen habe, keine Berücksichtigung verdienen, weil das Gesetz die ausnahmsweise Befreiung des Kirchspiels von der Leistung dieser Dienste nicht daran knüpft, daß es solche früher nicht geleistet habe, sondern vielmehr die Nachweisung verlangt, daß der baupflichtige Zehntherr oder die Kirchenkasse zu dieser Leistung besonders verbunden seien.

Ebenso wenig kann es auf die weitern Behauptungen der Einrede-Vernehmlassung, daß die Gemeinde durch einen mit der Herrschaft abgeschlossenen Vertrag von allen Frohnden, mit Ausnahme der Jagd und Landstraßenfrohnden, frei geworden sei, zur Entkräftung der Klage ankommen, da diese widersprochene und in erster Instanz zum Beweise ausgesetzte Thatsache ohne allen Beweis geblieben ist.

Dagegen hat die beklagte Gemeinde außer dieser beiden nicht begründeten, beziehungsweise unerwiesenen Einwendungen auch behauptet, daß der klagende Fiskus, sowohl bei Erbauung des gegenwärtigen Pfarrhauses im Jahre 1780 oder einige Jahre später, oder auch bei der seit dieser Zeit vorgenommenen Reparationen an demselben die Frohnden versteigert und bezahlt habe.

Die beklagte Gemeinde will hiernach die Pflicht des klagenden Großherzogl. Fiskus, die streitigen Hand und Fuhrarbeiten auf eigene Kosten verrichten zu lassen, auf die seit dem Jahre 1780 vorgekommenen Baufacta, bei welchen er dieselben selbst bestritten habe, stützen.

Da indessen der §. 15 des Bauedicts vom Jahre 1808 hinsichtlich der Leistung der Hand und Fuhrarbeiten eine gesetzliche Regel aufstellt, welche nach §. 31 insofern eine Ausnahme von derselben durch Baufacta begründet werden will, nur dem durch verjährte Baufacta begründeten ältern Zustande den Vorzug vor den in dem Gesetze vorgezeichneten Regeln einräumt, so käme es zunächst darauf an, ob die fraglichen Baufacta, auf welche sich die beklagte Gemeinde berufen hat, solche verjährte †) Baufacta sind, welche die Pflicht des klagenden Fiskus nachweisen können, die nach dem Gesetze der Kirchspielsgemeinde obliegende Last selbst zu tragen.

Daß das Baufactum vom Jahre 1830, welches in der Beweisantretung erster Instanz von der beklagten Gemeinde angeführt und zu beweisen versucht wurde, kein verjährtes ist, ergibt sich daraus, daß das Gesetz nach §. 1 unter der Verjährungszeit den Zeitraum von 30

†) M. s. dagegen die Note *) auf S. 120 in Nr. 17. des laufenden Jahrgangs der Annalen. D. Red

Jahren verstanden hat, während ein solcher bei Anstellung der Klage im Jahre 1839 hinsichtlich des Baues des Jahres 1830 noch lange nicht umlaufen war.

Ueberdieß dürfte die Nachweisung, daß der Zehntherr die Pflicht auf sich habe, die durch das Gesetz als Regel dem Kirchspiele auferlegten Hand- und Fuhrarbeiten zu leisten, durch ein bloßes, seit Erlassung jenes Gesetzes vom 26. April 1808 statt gehabtes, wenn auch verjährtes Baufactum, bei welchem er diese Arbeiten auf seine Kosten bestellt, nicht geliefert werden können.

Das gedachte Gesetz hat nämlich, indem es im §. 1 die Baupflicht im Allgemeinen demjenigen zuweißt, der einmal einen Bau oder eine Hauptausbesserung in seinen Kosten herstellte, ohne beweisen zu können, daß es aus bloßer Gutthat geschehen, oder nur vorsorglich, und daß vor Ablauf von 30 Jahren der Rechtsaustrag gesucht worden sei, — im §. 15 eben so bestimmt die Regel aufgestellt, daß die Leistung der Hand- und Fuhrarbeiten nicht dem Bauherrn, sondern dem Kirchspiele obliegen — so lange dieses nicht eine Verpflichtung des Zehntherrn oder der Kirchenkasse zu derselben nachweisen könne.

Ein Verpflichtungsgrund, beziehungsweise ein Rechtstitel, welcher den Zehntherrn zu diesen Leistungen verbindlich machte, kann aber darin nicht gefunden werden, daß er in einem oder mehreren seit dem 26. April 1808 vorgekommenen Fällen die dem Kirchspiele nach dem Gesetze obliegende Verbindlichkeit selbst erfüllte, weil dieses lediglich als eine Handlung der freien Willkühr zu betrachten ist, auf welche nach Landrechtsatz 2232 weder ein Besitzstand noch eine Verjährung stattfindet.

Was nun aber die angebliche Bestreitung der fraglichen Arbeiten durch die Zehntherrschaft bei Erbauung des gegenwärtigen Pfarrhauses in den Jahren 1780 bis 1783 anlangt, so sind zwar von jener Zeit an bis zur Anstellung der jetzigen Klage im Jahr 1839 weit mehr als 30 Jahre verflossen, und es läge daher in dieser Beziehung ein verjährtes Baufaktum vor.

Allein es steht der Wirksamkeit desselben entgegen, daß es zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vom 26. April 1808 noch nicht verjährt war, indem vom Jahre 1780 bis zum Jahre 1808 erst 28 Jahre verflossen waren.

Daß aber das fragliche Gesetz unter jenen verjährten Baufakts, von denen es in dem Schlußparagraphen 31 spricht, nur solche verstand, welche zur Zeit der Erlassung desselben verjährt waren, ergibt sich nicht allein aus der Absicht, die es im Eingange des Gesetzes sowohl, wie im Anfange des Schlußparagraphen ausspricht, daß es nur Vorschriften, bestimmte Regeln für alle nicht schon früher aufgeklärte, nicht strittige Fälle enthalten solle, sondern es ist auch in der Stelle des letztern, wo es heißt:

„Diesem nach ist im übrigen da, wo ein unbestreitbarer „Rechtstitel, ein unzweideutiges Anerkenntniß oder ver„jährtes Baufaktum einen andern Bauherrn oder einen „andern Umfang der Baulast oder eine andere Art der „Leistung der Baupflicht laut sicheren und hinlänglichen „Beweisen bisher bestimmt hat, nichts daran durch „diese Verordnung geändert u. s. w.

diese Absicht klar ausgedrückt, da hiernach an den damals durch unbestreitbare Rechtstitel, unzweideutige Anerkenntnisse oder Verjährung wohlerworbenen Rechte nichts geändert werden sollte, während dagegen da, wo solche Rechte noch nicht erworben waren, das Gesetz die Regel aufstellte, wie es mit denselben in Zukunft gehalten werden solle.

Durch das Baufaktum vom Jahre 1780 hatte nun aber die Kirchspielsgemeinde bei Erlassung des Gesetzes vom 26. April 1808 ein Recht hinsichtlich der Leistung der jetzt streitigen Hand- und Fuhrarbeiten der Zehntherrschaft gegenüber durch Verjährung in keinem Falle erworben, und es war daher von jener Zeit an die Bestimmung des §. 15 des Gesetzes, ohne daß sie in einem wohlerworbenen Rechte geschmälert worden wäre, auf sie anwendbar.

Aus allen diesen Gründen erscheint die oberappellantische Kirchspielsgemeinde durch die Erkenntnisse der vorderen Instanzen nicht als beschwert, und es wurde hiernach in der Hauptsache, so wie nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung, den Kostenpunkt betreffend, wie geschehen erkannt.

Zur Beglaubigung der Abschrift.

Mannheim den 21 Oktober 1841.

(gez.) Heddäus.

III.

Hat der Verkäufer einer Liegenschaft ein Klagrecht gegen den Käufer, denselben für schuldig zu erklären, den Kauf in das Grundbuch eintragen zu lassen? Landrechtsatz 1583, 1583 a.

Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises hat diese Frage

A. in Sachen Rauch gegen Menges durch Urtheil

vom 10. März 1841 bejaht. Die Entscheidungsgründe besagen hierüber Folgendes:

Die Klage ist zulässig und rechtlich begründet in den Landrechtssätzen 1583, 1583 a., weil, obwohl letztere Gesetzesstelle zunächst nur den Vortheil des Käufers bezweckt, der Verkäufer, der vor dem zum Grundbuche erfolgten Eintrage des Eigenthums-Ueberganges in allen öffentlichen und gerichtlichen Vorkommenheiten noch als wahrer Eigenthümer in Betracht kommt, eben deßhalb doch auch Interesse dabei haben kann, daß der Uebergangseintrag sofort erfolge, und in dieser Beziehung davon auch der Käufer durch den Kauf eine weitere Verbindlichkeit gegen den Verkäufer übernimmt, jene nämlich, sich öffentlich als den Uebernehmer auch aller auf der Liegenschaft etwa ruhenden Lasten darzustellen.

B. in Sachen Hauser gegen Zuck durch Urtheil vom 24. Januar 1842 verneint, und zwar aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß das Begehren in der vorliegenden Klage nur darauf gerichtet ist, den Beklagten für schuldig zu erklären, den in der Klage behaupteten Kauf in das Grundbuch eintragen zu lassen;

In Erwägung, daß zwar auch ein Interesse des Verkäufers am Eintrag des Kaufes im Grundbuche denkbar ist, indem derselbe selbst immer noch als Eigenthümer gerichtlich gelten und öffentliche Kosten tragen müßte, auch allen Pfand- und andern dinglichen Klagen ausgesetzt wäre, mithin das Begehren, daß der Käufer den Eintrag bewirke, nicht als schlechthin ungegründet erscheint, da letzterer durch den Kaufvertrag nicht nur die Vortheile, sondern auch die auf den Kauf-Objekt haftenden Kosten zu übernehmen hat;

In Erwägung jedoch, daß dieses Begehren nicht die Hauptverbindlichkeit des Käufers, sondern nur eine accessorische Verbindlichkeit desselben betrifft, und nothwendig voraussetzt, daß die Vorfrage, nämlich die Frage über die Rechtsbeständigkeit des Kaufes, entschieden †), oder daß wenigstens in der Klage das Hauptbegehren hierauf gerichtet ist, und nur als Folge hievon auch der Eintrag im Grundbuch vom Kläger verlangt wird, dieses jedoch im vorliegenden Falle nicht geschah, sondern einzig der Eintrag im Grundbuche verlangt wurde, obschon der Käufer das Zustandekommen des Kaufvertrages selbst widersprach.

In Erwägung hiernach, daß die Klage als in Rechten nicht gegründet erscheint.

Diese Frage liegt jetzt bei Großherzoglichem Oberhofgerichte zur Entscheidung vor und werde ich seiner Zeit das Urtheil mittheilen. Dr. Uihlein.

†) Der Unterrichter hat über die Rechtsbeständigkeit des Kaufes verhandelt und die Entscheidung derselben von einem vom Kläger auszuschwörenden Eide abhängig gemacht. Das Begehren, den Kauf ins Grundbuch einzutragen, setzt die Rechtsbeständigkeit desselben voraus, da Käufe, welche nicht zu Recht bestehen, ins Grundbuch nicht eingetragen werden dürfen.

VI.

Sind beide Fristen, von welchen der §. 78 des Preßgesetzes handelt, als Nothfristen zu betrachten?

(Nachtrag zu dem Aufsatz in Nr. 4 der Annal. von 1842.)

In Anklagesachen des Staatsanwalts gegen J. Fiklee zu Constanz, wegen Ehrenkränkung durch die Presse, hat das Gr. Oberhofgericht durch Erkenntniß v. 12. März l. J. in Erwägung:

„Daß der §. 78 des Preßgesetzes nicht nur die Anzeigefrist, sondern auch die Frist zur Rechtfertigung „der Appellation als eine Nothfrist betrachtet, indem „der Nachsatz keine neue Bezeichnung enthält, vielmehr „der Ausdruck „weitere acht Tage" darauf hindeutet, daß diese 8 Tage keine andere Natur haben „sollen, als die 3 Tage zur Appellationsanzeige, was „auch mit der Bestimmung, daß die Rechtfertigung „längstens innerhalb 8 Tagen, d. i., nie später, „als innerhalb 8 Tagen geschehen soll, übereinstimmt;"

Die gegen das hofgerichtliche Urtheil v. 25. Aug. 1841 eingewandte Appellation, wegen Versäumung des achttägigen Rechtfertigungstermins, als unstatthaft verworfen.

In gleicher Weise entschied der oberste Gerichtshof durch Erkenntniß vom 10. April 1841 in der Anklagesache des De. Kobelt gegen Dr. Bischoff, wegen Ehrenkränkung durch die Presse. Bayer.

Nebst einer literarischen Beilage. — Die in der Beilage angekündigten Werke können durch die Buchhandlung von A. Bielefeld bezogen werden.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: G. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 20. Karlsruhe den 14. Mai 1842.

I.

Wechselrechtliche Fragen.

1. Hat der Traßant gegen den Traßaten eine Wechselklage, wenn Letzterer acceptirt hat?

Diese Frage wurde von dem Großherzogl. Stadtamte Mannheim in einem Urtheile vom 26. Nov. 1841 aus folgenden Gründen bejaht.

Wer einen Wechsel annimmt, verbindet sich dadurch, den Werth desselben zu bezahlen. L. R. A. S. 121.

Die Annahme eines Wechsels unterstellt Bedeckung. L. R. A. S. 117.

Hat also der Traßat zur Verfallzeit ohne Angabe eines gültigen Grundes die Zahlung verweigert, so geschah es mit Unrecht.

Auf ergriffene Appellation erkannte das Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises die Klage ebenfalls als begründet und zwar mit Beseitigung der Frage, ob dem Traßanten Wechselrechte gegen den Traßaten zustehen, aus dem Grunde,

weil nach der auf der Protesturkunde bemerkten Rückrechnung der Remittenten der Traßant letztere befriedigte und der Wechsel dem Traßanten zurückgewiesen wurde, mithin letzterer in die Rechte des Remittenten eintrat, Landrechtssatz 1251. Abs. 3. und nunmehr als Inhaber des Wechsels anzusehen ist, dessen Besitz zudem die Vermuthung eines Rechtstitels begründet.

Diese Gründe sollen einer nähern Erörterung hier unterzogen und die entgegengesetzte Meinung aus folgenden Gründen gerechtfertigt werden.

1. Das Verhältniß zwischen dem Traßanten und Traßaten, insofern es durch den Wechsel und durch diesen allein seine Begründung erhält, ist nach der einstimmigen Meinung aller Handelsrechtslehren kein anderes als das Mandatsverhältniß.

Der Traßant beauftragt den Traßaten, eine bestimmte Summe an einem gewissen Tage einem dritten oder dessen Rechtsnachfolgern zu bezahlen.

Weiter geht das Verhältniß nicht, und ob dem Wechsel ein schon begründetes Civilrechtsverhältniß zum Grunde liegt, oder ob erst ein neues durch den Wechsel geschaffen werden soll, das berührt den Wechsel, an und für sich betrachtet, durchaus nicht.

Eines sowohl als das andere kann aus der Ausstellung des Wechsels hervorgehen.

Der Wechsel kann gezogen sein um eine Forderung, welche der Traßant gegen den Traßaten schon hat, zu erheben, und so ein früher bestehendes Civilrechtsverhältniß aufzuheben; er kann aber auch gezogen sein, um ein neues Civilrechtsverhältniß zu begründen, indem der Traßat, welcher dem Traßanten nichts schuldig ist, durch die Annahme und Zahlung des Wechsels Gläubiger des Traßanten für die Wechselsumme wird.

Darauf zielen auch die allgemein gefaßten Worte jedes Wechsels, welche das Verhältniß des Traßanten zum Traßaten berühren und durch den Welthandelsbrauch in den Worten formulirt worden sind:

„und stellen wir solchen auf Rechnung laut oder ohne Bericht".

Diese allgemeinen, jeder Deutung fähigen Worte heißen soviel als:

der Traßat hat den Traßanten für den Wechselbetrag zu belasten mit der Folge, daß, sofern er dem Traßanten den Betrag schuldet, diese Schuld durch die Zahlung getilgt wird, sofern dieses aber nicht der Fall ist, der Traßant dafür sein Schuldner wird.

Digitized by Google

Daraus folgt, daß durch die Ausstellung des Wechsels das Verhältniß zwischen Traßanten und Traßaten ganz unberührt und eben dasselbe bleibt, wie wenn der Wechsel gar nicht ausgestellt worden wäre und daß die Frage, welches Verhältniß zwischen ihnen besteht, nicht durch den Wechsel, sondern durch andere außer demselben liegende Thatsachen zu bestimmen ist.

Aus diesem unbestimmten Verhältnisse haben sich aber die beiden Fragen ergeben:

ob dem Traßanten gegen den Traßaten Wechselrecht zustehe,

und umgekehrt: ob dem Traßaten, der bezahlt hat, Wechselrechte gegen den Traßanten zustehen.

Beide werden mit Recht verneint, weil wie gesagt der Wechsel über das Verhältniß zwischen diesen beiden Personen keinen Aufschluß gibt, und jeder von ihnen durch denselben Gläubiger oder Schuldner des Andern geworden sein kann.

2. Wird aber dieses Verhältniß durch die Annahme geändert? Nein.

Die Annahme ist nämlich wieder nach der einstimmigen Meinung aller Handelsrechtslehrer nichts, als das Versprechen, dem Remittenten Zahlung zu leisten.

Diesem gegenüber verpflichtet sie unbedingt und unter der Sanktion der Wechselstrenge, das Verhältniß des Traßaten zum Traßanten aber läßt sie ganz unberührt.

Das und nichts anders sagt der L. R. A. S. 121, der, so allgemein er lautet, doch nicht anders zu verstehen ist, als daß der Acceptant dem Remittenten und den Indoßataren unbedingt zu zahlen schuldig ist, denn diesen gegenüber hat er sich verbindlich gemacht zu zahlen, nicht aber den Traßanten.

Auch dieser Satz geht aus den durch den Handelsbrauch und die Handelsgesetzgebungen aller Nationen festgestellten Wortlaut jedes Wechsels hervor, der dahin geht:

Gegen diesen Wechselbrief zahlen sie an die Ordre des N. N. ꝛc.

Nicht an den Traßanten soll der Traßat zahlen, sondern an die Ordre des Remittenten. Uebernimmt er diesen Auftrag und verspricht er damit die von ihm begehrte Zahlung durch die Acceptation, so kann er doch nicht mehr versprochen haben, als von ihm verlangt wurde; er kann also nur versprochen haben an den Remittenten und die Indoßatare, nicht aber an den Traßanten zu zahlen und nur jene, nicht diese, können daher Rechte aus der Acceptation ableiten.

Diese Folge und nur diese ergiebt sich aber auch aus der Natur des Wechselinstituts, welches bezweckt, daß dem Inhaber, welcher sein Geld hingegeben und mit Bestimmtheit darauf gerechnet hat, die Zahlung pünktlich zur bestimmter Zeit, am bestimmten Orte geleistet werde, und welches demselben zu diesem Endzweck rasche Verfolgungsmittel gestattet, deren Wirksamkeit sogar an enge Fristen gebunden ist.

Für diesen ist das durch die Acceptation gegebene unbedingte Zahlungsversprechen ein erschöpfender Forderungsgrund, nicht aber für den Traßanten, dem gar nichts versprochen wurde, als höchstens die Uebernahme eines Auftrags, dessen Wesen selbst nach dem Inhalte der Urkunde dunkel bleibt: indem darin Bezug auf einen Bericht genommen ist, der die verschiedensten Thatsachen enthalten kann, wie z. B. das Versprechen der Deckung am Verfalltage, welches oft gegeben, oft nicht gehalten wird. —

Nur scheinbar steht dem die Bestimmung des L. R. A. S. 117 entgegen, daß die Annahme Bedeckung unterstelle.

Die Lehre von der Bedeckung bezieht sich nämlich gar nicht unmittelbar auf das Verhältniß zwischen Traßanten und Traßaten, sondern nur auf das zwischen ersterm und dem Remittenten beziehungsweise Indoßanten und nur mittelbar auf das zwischen Traßanten und Traßaten.

Die Bestimmungen über die Bedeckung gehen von dem dreifachen Gesichtspunkte aus,

a. daß die Remittenten und Indoßanten, obgleich sie ihr Geld für den Wechsel hingegeben haben, sowie der Traßant, obgleich er oft einen Wechsel zieht, um zur Zahlung einer ihm zustehenden Forderung zu gelangen, dennoch für den Eingang des Wechsels haften;

b. daß bei der Mannigfaltigkeit des Wechselverkehrs und der Natur der Handels- und Creditverhältnisse durch die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten die Zahlung des Wechsel oft noch bewirkt und jeder Schaden abgewendet werden kann;

c. daß aber, wo dies nicht geschehen ist, dennoch ein Schaden nachgewiesen werden muß, und der Traßant, welcher oft auch einen Wechsel zieht, ohne etwas

Digitized by Google

dafür hingegeben zu haben, sich nicht durch den Schaden des Inhabers bereichern darf.

Davon ausgehend kommt das Gesetz zu folgenden schon im Handelsbrauch feststehenden Bestimmungen:

a. Wird ein Wechsel nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten protestirt, so sind alle Indoßanten und der Remittent von der Haftungsverbindlichkeit frei, denn sie können mit Grund einwenden: Wären die Förmlichkeiten beobachtet worden, so hätte der Traßat doch vielleicht bezahlt, oder wir wären jedenfalls in den Stand gesetzt gewesen, unsern Rückgriff zur Zeit zu nehmen und uns dadurch vor Schaden zu hüten, was jetzt nicht mehr möglich ist.

Darum und weil diese Personen einen Rückgriff zu nehmen haben, giebt sie das Gesetz bei Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten von jeder Haftung frei.

L. R. A. S. 168. 117.

b. Ganz anders ist dies aber bei dem Traßanten. Er hat keinen Rückgriff zu nehmen, sondern im Gegentheil nach L. R. A. S. 115. 116. dafür zu sorgen, daß der Traßat am Verfalltage Deckung habe, d. h. entweder daß dieser ihm am Verfalltage den Wechselbetrag schulde oder denselben von ihm zur Auszahlung erhalten habe.

Ist dies geschehen, so kann er freilich dem Inhaber, welcher die Förmlichkeiten nicht beobachtete, entgegensetzen: Wären die Förmlichkeiten beobachtet worden, so wäre der Wechsel bezahlt worden und meine Forderung wäre getilgt, meine Haftungsverbindlichkeit nicht eingetreten.

Ist dies aber nicht der Fall, so würde er sich augenscheinlich zum Nachtheil des Inhabers bereichern. Denn er hat dann an den Traßaten, der inzwischen fallirt hat oder von dem nichts zu erhalten ist, nichts zu fordern, er hat demselben auch nicht Geld zur Zahlung des Wechsels gegeben, hat aber nichtsdestoweniger den Betrag des Wechsels eingestrichen, ohne dafür einen Heller hingegeben zu haben.

Das wäre eine offenbare Prellerei und diese will das Gesetz nicht, darum setzt es im L. R. A. S. 117 weiter fest:

„der Wechsel mag angenommen sein oder nicht, immer „liegt im Läugnungsfall allein dem Wechselgeber der „Beweis auf, daß der Wertherstatter zur Verfallzeit „bedeckt war; führt er solchen Beweis nicht, so ist er „für Gewährleistung selbst alsdann verbunden, wenn „der Wechsel erst nach den vorgeschriebenen Fristen „abgesagt worden wäre".

Für diesen Beweis der Bedeckung liefert nun die Annahme eine Vermuthung, aber auch nur eine Vermuthung, die nicht einmal an der Beweislast etwas ändert.

Die praktische Bedeutung des L. R. A. S. 117 ist daher folgende:

Ist ein Wechsel bezahlt, so sind Remittent und Indoßanten von jeder Haftungsverbindlichkeit frei, der Traßant nur, insofern er die Deckung des Traßaten nachweiset, wobei die Acceptation zwar eine Vermuthung aber auch nur eine solche für ihn begründet, deren ungeachtet er dennoch den vollen Beweis der Deckung liefern muß.

Dies und nicht mehr sagt der L. R. A. S. 117, der sonach keinen Falls für den Traßanten ein Wechselrecht gegen den Traßaten auf den Grund der Unterstellung der Deckung begründen kann.

Der Traßant hat demnach als solcher kein Wechselrecht gegen den Traßaten.

3. Hat er dasselbe aber als Inhaber, wenn der angenommene Wechsel returnirt und von ihm wieder eingelöst worden ist?

Auch diese Frage ist zu verneinen.

Denn wenn der Wechsel-Inhaber, gleichviel ob Remittent oder Indoßatar von dem ihm durch die Acceptation gemachten Zahlungsversprechen keinen Gebrauch macht, sondern sich an den Aussteller wendet, um sein Geld nebst Prozeßkosten zurückzuerhalten, so verzichtet er auf ein ihm allein zustehendes Recht (das Recht, Zahlung nach Wechselstrenge von dem Acceptanten zu fordern), und wenn er von dem Aussteller den Rückersatz seines Geldes erhält, so wird das ganze durch den Wechsel entstandene Verhältniß so aufgelöst, wie wenn es nie entstanden wäre.

Nur Schadensersatz kann der Traßant von dem Traßaten verlangen, wenn dieser Deckung in Händen hatte, weil das Ziehen eines Wechsels eine durch das Gesetz erlaubte Art ist, ausstehende Forderungen einzuziehen.

Allein diese Schadensersatzpflicht ist nicht durch die Annahme des Wechsels, sondern durch die vorhandene Deckung begründet und tritt beim Vorhandensein der Deckung eben so gut bei einem nicht angenommenen als bei einem angenommenen Wechsel ein.

Digitized by Google

Zur Geltendmachung der Forderung selbst so wie des Schadensersatzes hat aber der Traßant dann das Civilrechtsverhältniß, auf welchem seine Forderung beruht, anzuführen und nachzuweisen, was, sowie der Beweis der Deckung, nicht im Wechselprozesse geschehen kann.

Dafür, daß durch die Einlösung des Wechsels das durch ihn begründete wechselrechtliche Verhältniß erlösche, sprechen aber folgende Gründe:

a. Die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen dem Traßanten und Traßaten, welches oben als Mandatsverhältniß bezeichnet wurde, in dessen Folge der Mandant Schuldner eines dritten wurde, welchem der Mandatar für ihn Zahlung zu leisten hatte.

Denn vollzieht der Mandatar des Mandat nicht und hebt nun der dritte, zu dessen Gunsten das Mandat gegeben wurde, die darauf hin entstandene Verbindlichkeit des Mandanten wieder auf, indem er den hingegebenen Betrag wieder einzieht, so hat das Mandat Gegenstand und Zweck verloren und man kann nicht sagen, daß das Mandat, auf dessen Vollzug von demjenigen, welcher allein seinen Vollzug verlangen konnte, verzichtet wurde, noch fortbestehe;

b. es spricht weiter dafür die Natur des Wechselinstitutes, welches als höchst singuläres auf seinen Gegenstand und Zweck zu beschränken, und durch das Gesetz beschränkt worden ist.

Der Zweck des Wechselinstituts ist aber die Geldüberwechselung von einem Ort und einer Person auf die andere. Dazu ist unumgänglich erforderlich, daß dem Inhaber am dritten Orte pünktlich Zahlung geleistet werde, und zu diesem Endzweck gab ihm das Gesetz die rasche Wechselklage und das Vollstreckungsmittel der Leibeshaft.

Führen ihn diese Mittel nicht zum Ziel, oder sieht er voraus, daß sie ihn nicht zum Ziele führen werden, so giebt ihm das Gesetz dieselben Mittel gegen seine Vormänner, worunter der Aussteller, denn diesen hat er sein Geld hingegeben, und von diesen, die er besser kennt und denen er mehr traut, als dem Traßaten, muß er es, sobald er nicht am dritten Orte Zahlung erhält, wieder zurückfordern können.

Thut er dies und hat er seine Zahlung erhalten, so ist der ganze Zweck der Geldüberwechselung hinweggefallen, und das ganze Verhältniß ist erloschen. Das alte Verhältniß, wie es zwischen dem Traßanten und Traßaten vor Ausstellung des Wechsels entstanden war, tritt wieder ein und hat jener an diesen aus einem Darlehen oder einem Verkauf etwas zu fordern, so hat er die Darlehens- oder die Kaufsklage gegen ihn zu erheben.

Man könnte hier einwenden, der Einzug von Ausständen sei auch ein Zweck des Wechselinstituts, allein dieser Zweck ist nur ein Nebenzweck, der nur zuweilen vorkommen kann, nicht aber vorkommen muß, wie der der Geldübersendung, welcher einen grundwesentlichen Bestandtheil des Wechsels bildet. L. R. A. S. 110.

Ist aber das wechselrechtliche Verhältniß durch die Einlösung des Wechsels von Seiten des Traßanten erloschen, so kann es dadurch nicht wieder aufleben, weil die Thatsache, welche ein Rechtsverhältniß aufhebt, nicht wieder die Begründung desselben geben kann.

Allein davon ganz abgesehen,

4. Tritt der Traßant, welcher den Wechsel eingelößt hat, dadurch in die Rechte des Remittenten ein?

Oben ist nachgewiesen, daß dies unmöglich sei, weil durch die Einlösung das ganze Rechtsverhältniß erlischt, hier soll nachgewiesen werden, daß dies auch aus andern Gründen nicht anzunehmen ist:

a. Ein Eintritt in die Rechte eines Andern findet nur Statt, insofern diese Rechte wirklich wirksam und vorhanden sind. Im aufgegebenen Rechte kann Niemand eintreten.

Ein Eintritt in die Rechte eines Andern findet ferner nur Statt durch eine Rechtshandlung, welche einen Uebergang dieses Rechts bezweckt und begründet, und ohne eine solche giebt es keinen Eintritt in fremde Rechte.

Man kann daher am wenigsten einen Eintritt in fremde Rechte aus einer Rechtshandlung ableiten, welche einerseits nicht die Uebertragung eines Rechts bezweckt, andererseits aber gerade das Recht, in welches man eingetreten sein will, aufgiebt und gleichsam hinwegwirft.

Diese beiden Charaktere trägt aber gerade die Einforderung und Erhebung des Wechselbetrags durch den Remittenten bei dem Traßanten an sich. Denn durch sie erklärt der Remittent, daß, obgleich ihm das Gesetz das Recht gebe, von dem Acceptanten seine Zahlung zu verlangen, er von diesem Rechte keinen Gebrauch machen wolle, sondern vorziehe, seine Zahlung von dem Traßanten zu erheben; eben so deutlich ist seine Handlung, durch die er das, was er zu fordern hat, einzieht und

Digitized by Google

quittirt, die alſo nur auf Tilgung der Schuld des Traſſanten und nicht auf Uebertragung eines Rechts hinzielt, das er als unnütz weggeworfen hat.

b. Man hat nun dieſen aus der Natur einer jeden Rechtsübertragung hergenommenen Gründen dem Landrechtſatz 1251. Nr. 3 entgegengeſetzt, welcher beſagt: „Kraft Geſetzes tritt in die Rechte des Gläubigers „derjenige, dem, weil er mit andern oder für andern „die Schuld zu zahlen hatte, daran gelegen war, daß „ſie getilgt würde."

Allein dieſer Satz iſt auf das vorliegende Verhältniß nicht anzuwenden. Denn der Traßant hat weder mit noch für den Traßaten den Wechſelbetrag zu bezahlen, ſondern jeder von ihnen hat ihn für ſich zu bezahlen, aus ganz verſchiedenen Gründen, aus ganz verſchiedenen Rechtshandlungen, man kann ſagen, aus ganz verſchiedenen Verträgen.

Der Traßant hat ihn zu bezahlen, weil er den Wechſel ausgeſtellt und den Werth dafür bezogen hat, weil er dem Remittenten in einem beſondern Vertrag verſprochen hat, dieſen Werth an einem andern Orte zahlen zu laſſen, und weil dieſes nicht geſchehen iſt.

Der Traßat (Acceptant) hat ihn zu bezahlen, weil er dem Remittenten ebenfalls in einem beſondern Vertrag verſprochen hat, dieſe Zahlung zu leiſten.

Er hat daher wohl der Traßat (Acceptant), wenn er darum angegangen wird, für den Traßanten zu bezahlen, aber nicht dieſer für jenen, beide haben aber nicht mit einander zu zahlen, ſondern jeder für ſich allein.

Wollte man den Landrechtſatz 1251. Nr. 3 auf dieſes Verhältniß, ſo wie geſchehen, anwenden, ſo müßte auch der Hauptſchuldner, der mit ſeinem Bürgen zu zahlen hat, die Bürgſchaftsklage gegen ſeinen Bürgen anſtellen können, wenn er gezahlt hat, denn er wäre dadurch in die Rechte des Gläubigers eingetreten.

Dieſer Eintritt Kraft Geſetzes findet daher nicht Statt.

Anders iſt die Frage, wenn der Remittent den Wechſel an den Traßanten indoßirt hat. Viele ſind ſelbſt für dieſen Fall der Anſicht, daß dem Traßanten keine Wechſelrechte gegen den Traßaten (Acceptanten) zuſtehen können, und wie mir ſcheint, mit Recht wegen der durch das Zuſammentreffen der Rechte und Verbindlichkeiten in ſeiner Perſon eintretenden Confuſion und der oben Nr. 3 a—b entwickelten aus der Natur und dem Zwecke des Wechſelinſtituts hergenommenen Gründe.

5. Doch will ich dieſe ſpezielle Frage hier nicht weiter erörtern, ſondern dieſe Entwickelung mit einem beſondern Grunde ſchließen, welcher in dem vorliegenden Falle ſpeziell hervorgetreten iſt und die oben entwickelten Anſichten, wie mir däucht, noch zu unterſtützen geeignet iſt.

In dem vorliegenden Falle war nämlich der Werthempfang in dem Wechſel nur mit den Worten „Werth in Rechnung" angegeben.

Es wurde wegen Mangels der Werthangabe eine beſondere Einrede entgegengeſetzt, aber von beiden Inſtanzen, wie ich glaube, mit Recht verworfen *).

Deſſen ungeachtet aber hat die Angabe „Werth in Rechnung" eine Bedeutung, und es wird Niemanden einfallen, ſie der Angabe „Werth baar erhalten, oder Werth in Waaren erhalten" gleichachten zu wollen.

Dieſe Bedeutung tritt freilich nicht dem Acceptanten gegenüber ein, wohl aber dem Traßanten gegenüber.

Denn wenn der Remittent mit einem Wechſel, der die Angabe „Werth in Rechnung" enthält, ſeinen Rückgriff auf den Traßanten nimmt, kann er nicht unbedingt von demſelben die Zahlung des Betrags in Anſpruch nehmen, wie wenn im Wechſel ſtünde „Werth baar erhalten", ſondern nur daß ihm der Werth wieder zu ſeinen Gunſten in Rechnung gebracht, daß er dafür entlaſtet werde, wie er in Folge der Ausſtellung und der Angabe „Werth in Rechnung" dafür belaſtet worden war.

Freilich, wenn er beweiſt, daß ihm der Traßant den Betrag ſchuldete und ihm dafür den Wechſel ausſtellte, ſo kann er auch den Betrag fordern, aber nicht wegen der Ausſtellung des Wechſels und auf den Grund deſſelben, ſondern auf den Grund ſeiner urſprünglichen Forderung. Hat er aber eine ſolche Forderung nicht, ſo wird das Verhältniß, welches durch die Ausſtellung des

*) Dieſe Jurisprudenz, welche von den franzöſiſchen und rheiniſchen Gerichtshöfen ſchon lange angenommen iſt, und welche ſich auch bei unſern Gerichtshöfen täglich mehr feſtſtellt, wird von dem ganzen handeltreibenden Publikum mit großem Beifall aufgenommen werden.

Denn „Werth in Rechnung" iſt die oft einzig mögliche Art der Werthangabe und die durch den Brauch aller Nationen geheiligte. Nimmt man dieſer Werthangabe die Wechſelkraft auch gegen den Acceptanten, ſo hat nur noch 1/10 der laufenden Wechſel dieſe Eigenſchaft und 9/10 ſind nur Handelszettel.

Digitized by Google

Wechsels mit der Angabe „Werth in Rechnung“ entstanden ist und welches nichts als eine gegenseitige Berechnung auf den Fall der Zahlung sowohl, als der Nichtzahlung bezweckte, im letztern Falle einfach wieder aufgehoben, wenn der Remittent den zwar acceptirten aber nicht bezahlten Wechsel wieder zurückgibt und, nachdem er früher für denselben belastet war, wieder entlastet wird.

Daß dafür eine Retourrechnung gegeben wird, welche quittirt wird, ändert nichts an der Sache, denn der Remittent wird für den Betrag entlastet und muß daher auch seiner Seits quittiren, zudem wird ihm der Betrag der Prozeßkosten und zuweilen auch die Coursdifferenz vergütet, für die er auch quittiren muß.

Es ergibt sich aber daraus, daß bei einem Wechsel mit der Angabe „Werth in Rechnung“, wenn er an den Traßanten zurückkommt, eine Zahlung gar nicht stattfindet, sondern nur eine Ausgleichung der durch den Wechsel entstandenen Berechnung, weßhalb man bei einem solchen Wechsel am allerwenigsten von einem durch Zahlung, die hier gar nicht Statt fand, bewirkten Eintritt in die Rechte des Remittenten sprechen kann.

Hierdurch glaube ich die oben aufgestellten Sätze gerechtfertigt zu haben.

II. Kann ein Wechsel für einen andern Verfalltag acceptirt werden, als der in dem Wechsel ausgedrückte?

Der vorliegende Fall gab auch zur Erörterung dieser Frage Anlaß. Der Wechsel war am 14. Sept. 1841 2 Monate a dato zahlbar ausgestellt.

Das Accept lautete „angenommen und zu zahlen den 14. Nov. 1841“, wie der Kläger behauptete. Der Beklagte behauptete, es habe 1842 geheißen und sei korrigirt, die Urkunde verliere darum nach L.R.A. S. 112 a. die Wechselkraft.

Das Großherzogliche Stadtamt verwarf diese Einrede, weil die Correktur aus der Urkunde nicht ersichtlich sei und weil dieß unerheblich sei, da die Annahme einer Bestimmung des Zahlungstermins nicht bedürfe (L. R. A. S. 122), indem wenn der in dem Wechsel gesetzte Zahlungstermin dem Traßaten nicht angestanden hätte, er denselben nicht hätte annehmen dürfen (L.R.A.S. 124).

Das Großherzogliche Hofgericht bestätigte diese Entscheidung, weil aus der produzirten Wechselurkunde die Verfälschung des Datums der Annahme sich nicht ergebe, dieses jedenfalls auch unerheblich wäre, da nach Landrechtssatz 122 das Wort „angenommen“ schon genüge, die Verfallzeit deutlich aus dem Eingang des Wechsels zu ersehen sei, auch eine bedingungsweise Acceptation hier auf keinen Fall vorliege.

Abgesehen von der Thatfrage soll hier nur die Rechtsfrage geprüft werden, wie sie oben aufgestellt und von den beiden Instanzen verneint wurde.

Meiner Ansicht nach dürfte solche unbedingt zu bejahen sein und zwar aus folgenden Gründen:

Die Acceptation ist, wie schon oben angedeutet, nichts anders als die Annahme eines Auftrags. Sie ist, wie jede andere Willenshandlung, ganz freiwillig, und es gibt durchaus keinen Zwang zur Acceptation.

Ist sie aber freiwillig, so liegt es auch in dem Willen des Traßaten, wie er acceptiren will, ob mit oder ohne Bedingung, ob mit dem im Wechsel ausgedrückten Verfalltage oder einem andern. Nimmt er ohne Bedingung und ohne Bestimmung eines andern Verfalltags als den im Wechsel ausgedrückten an, so ist das ganze Verhältniß durch den Wechsel normirt, was der Landrechtssatz 122 ausdrückt und was schon aus dem allgemeinen Grundsatze des Landrechtssatzes 1108 b. folgt.

Setzt er aber eine Bedingung oder nimmt er mit Bestimmung eines andern Verfalltages an, so ist sein Accept nur mit der Bedingung nur für den von ihm bestimmten Verfalltag für ihn gültig, denn seinem freien Willen kann Niemand etwas vorschreiben.

Das ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen von den Verträgen, und es wird Niemanden einfallen, zu behaupten, daß Jemand, der einen Vertragsentwurf mit einer Modification annimmt, so angesehen werde, als habe er unbedingt in solchen eingewilligt. Hat er das letzte gethan, so ist freilich der Vertrag abgeschlossen, hat er aber eine Modification hinzugesetzt, so ist eben an die Stelle des frühern Entwurfs ein neuer getreten, der angenommen oder zurückgewiesen werden kann.

Dasselbe gilt auch von der Annahme eines Wechsels. Zwar sagt der Landrechtsabsatz 124, die Wechselannahme kann nicht bedingt sein. Allein daraus folgt nicht, daß die bedingte Annahme als unbedingte anzusehen sei, sondern nur, daß die bedingte Annahme nicht als Annahme im Sinne des Gesetzes anzusehen, also der In-

Digitized by Google

haber, dem eine bedingte Annahme gemacht wird, verbunden sei, Protest zu erheben, wie wenn gar nicht angenommen wäre.

Die bedingte Annahme eines Wechsels, aber was ihr gleich kommt, die Annahme für einen andern Verfalltag, macht daher den Acceptanten nur so verbindlich, wie sein Accept lautet, weiter als dieses kann seine Verbindlichkeit, die aus einer freien Willenshandlung entspringt, nicht gehen. Gibt sich der Inhaber damit zufrieden, so ist an die Stelle der durch den Wechsel normirten Verbindlichkeit eine andere durch das Accept normirte getreten. Will das der Inhaber nicht, so kann er Protest erheben und an seinen Vormann zurückgehen, wie wenn gar nicht acceptirt worden wäre; das ist der Sinn des L. R. A. S. 124 und so hat ihn auch

Pardessus (ed Bruxelles 1836).
Tom. I. Nr. 370. folg. u. 386.

genommen.

Die der Annahme beigesetzte Bedingung oder Modifikation ist daher gültig für den Acceptanten, und wenn gar der Inhaber nicht Protest erhaben, sondern sich damit begnügt hat, so ist sie nach durch seine stillschweigende Einwilligung bekräftigt.

Denn derjenige willigt stillschweigend ein, welcher auf eine zur Annahme reife Erklärung eines Andern hin solche Handlungen vornimmt, zu welchen er nur unter Voraussetzung der Beistimmung veranlaßt sein kann.

Die Annahme eines modifizirten Accepts ohne Erhebung eines Protestes ist aber eine solche Handlung, und daher wird die Modifikation des Accepts, die früher eine einseitige Handlung des Traßaten war, durch sie sogar eine vertragsmäßige.

Eller.

II.

Ueber das Fragerecht des Richters und der Parthien.

Wiewohl dieses Fragerecht aus dem römischen Recht — tot. tit. D. de interrogationibus in jure faciendis — schon entnommen und auch im gemeinen deutschen Prozeß nicht unbekannt war, so enthielt unsere frühere particulare Prozeßgebung davon nichts, und unsere Prozeßordnung hat daher dieses Recht aus dem code de procédure Art. 324 seq. entlehnt, dabei aber eine Abänderung getroffen, welche es beinahe unbrauchbar macht.

Das Fragerecht ist ein Act des Civilprozesses, um von einer Parthie die Wahrheit über die ihm zu Grunde liegenden Thatsachen, als Gegenstand der Fragen, zu erforschen. Da nun nur die Parthie selbst von der Wahrheit der Thatsachen ihres Rechtsstreits persönliche und unmittelbare Kenntniß hat, so werden nach dem Code de proc. die Fragen mit Recht an die Parthie selbst gerichtet, der Richter muß sich zur Parthie selbst begeben, wenn diese am persönlichen Erscheinen gehindert ist, und Bevollmächtigte der Parthie sind hier schlechterdings ausgeschlossen. Art. 328. 333.

Unsere Prozeßordnung läßt dagegen zur Beantwortung der Fragen Bevollmächtigte der Parthien zu, und hat dadurch den Zweck des Fragerechts wohl vollständig verfehlt, denn will man die Wahrheit eines Umstands von einem Menschen mit Sicherheit erforschen, so muß man ihn unmittelbar vor sich haben, indem man schon aus seinem persönlichen Benehmen auf die Wahrheit seiner Aussagen schließen kann, und insbesonders anzunehmen ist, daß ein Mensch bei seinem persönlichen Vorstehen vor Gericht sich mehr der Unwahrheit enthalten wird, als wenn er seinen Bevollmächtigten zu Haus unter vier Augen von den Aussagen auf die Fragen instruirt. Der Bevollmächtigte weiß für seine Person von den Thatsachen der Fragen nichts, er lügt nicht, allein die Parthie kann ihm leicht eine Lüge zur Antwort vorschreiben, welche sie selbst vor dem Richter nicht wagen würde, zu sagen. Zudem beziehen sich alle Fragen nothwendigerweise auf die Thatsachen des Rechtsstreites, die Parthie kann nun absichtlich dem Bevollmächtigten eine Lüge zur Antwort vorschreiben und den Erfolg ruhig abwarten, denn, ist er ihr günstig, so hat sie den Gewinn, ist er ihr ungünstig, so greift sie die nicht in ihrer Gegenwart geschehene Aussage durch den Widerruf nach §. 148 seq. der Prozeßordnung an, und beginnt damit das Verfahren von neuem. Der Bevollmächtigte wird aber eben deßhalb um so vorsichtiger sein und sich in den meisten Fällen, wie es auch schon bei dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises geschehen ist, mit Mangel an Instruction entschuldigen, was ihm um so leichter wird, als er nicht einmal eine Sperialvollmacht dabei vorzulegen hat. Wenn die Fragen unter den Parthien gegenseitig sind, so kann ein großer Vortheil darin liegen, die Antworten einer Par-

Digitized by Google

thie zu hören, ohne selbst zu antworten, denn man kann alsdann seine spätern Antworten nach jenen der andern einrichten, und dieses um so eher thun, als unsere Prozeßordnung die vorsichtige Bestimmung des Art. 333 des Code de proc. nicht aufgenommen hat, wornach nämlich die das Fragerecht ausübende Parthie nicht bei der Tagfahrt der Fragen und Antworten gegenwärtig sein darf. Ueberdies wird auch der Rechtsnachtheil des §. 342 der Prozeßordnung bei den Antworten durch den Bevollmächtigten nie mit Sicherheit ausgesprochen werden können, weil der Bevollmächtigte im vorgeschobenen Mangel an Instruction immer einen hinreichenden Grund zur Verweigerung der Antwort †) besitzen wird, und weil auch in Verwerfung dieses Grundes die Parthie nach §. 156 der Prozeßordnung sich doch gegen den Rechtsnachtheil des §. 342, als auf einem Versäumniß des Anwalts beruhend, in vorigen Stand setzen lassen kann. ††)

Das Fragerecht ist am Ende nichts anders als die Konfrontation einer Parthie in Civilsachen, und sowenig in einer Kriminalkonfrontation das Erscheinen des Defensors anstatt des Inquisiten zulässig wäre, sowenig ist es auch die Zulassung eines Bevollmächtigten bei dem Fragerecht in Civilsachen. Der ganze Abschnitt der Prozeßordnung über dieses Recht ist einer Revision um so mehr bedürftig, als darin auch der Fall der Fragen gegen Korporationen und den Fiskus übersehen ist, welchen der A. 336. Code de proc. abhandelt. †††) Sander.

III.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall.

Muß das Erkenntniß in einer Vor- oder Widerklage, wo solches erfolgt, ehe die andere Klage entschieden ist, die Hülfsvollstreckung alsbald an die Stellung einer Kaution knüpfen. Zur Erläuterung des §. 321 der Prozeßordnung.

In einem Rechtsstreit erster Instanz mit Klage und Widerklage wurde das Erkenntniß über die Vorklage erlassen, und darin der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Forderung bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung binnen 14 Tagen für schuldig erklärt, ehe die Widerklage endlich verhandelt und entschieden war.

Der Beklagte appellirte, und setzte eine seiner Hauptbeschwerden darein, daß der Unterrichter die Hülfsvollstreckung auf die eingeklagte Forderung alsbald erkannt habe, ohne dem Kläger die Stellung einer Kaution nach §. 321 der Prozeßordnung aufzugeben.

Diese Beschwerde wurde als unbegründet verworfen.

Es ist nämlich nicht zu bezweifeln, daß hier allerdings der Fall des §. 321 der Prozeßordnung vorliegt, wo die Hülfsvollstreckung in der Vorklagsache nicht vor Stellung einer Kaution nach §. 322 erfolgen kann. Allein diese Stellung einer Kaution kann nur auf Verlangen der unterlegenen Partei angeordnet werden. Nun hat aber der unterlegene Beklagte in der Vorklagsache während ihrer Verhandlung diese Stellung einer Kaution nicht verlangt, und ein Beklagter, der eine Forderung überhaupt bestreitet, wird in der Regel nicht darum bitten, daß er nur gegen Stellung einer Kaution vom Gegentheil zur Zahlung der von ihm bestrittenen Forderung verurtheilt werde. Das im §. 321 der Prozeßordnung erwähnte Verlangen der unterlegenen Partei auf Stellung einer Kaution durch den Gegentheil tritt der Natur der Sache nach erst dann ein, wenn der obsiegende Kläger die Hülfsvollstreckung verlangt, und erst diesem Verlangen wird das Gegenverlangen einer Kaution nach §. 321 und 322 entgegengesetzt. Eben deshalb hat aber auch alsdann der urtheilende Richter in seinem Urtheil auf die Sicherheitsstellung keine Rücksicht zu nehmen. Durch die Nichterwähnung der Sicherheitsstellung wird dem Unterlegenen sein erst mit der begehrten Hülfsvollstreckung erwachsendes Verlangen nicht genommen. In dieser Lage der Sache ist der Beklagte noch nicht beschwert, sondern erst dann wäre eine Beschwerde zu finden, wenn der Kläger die Hülfsvollstreckung verlangt, der Beklagte diesem Verlangen sein Verlangen einer Sicherheitsstellung entgegengesetzt, und der Vollstreckungsrichter dieses Verlangen verworfen hätte. Hätte der Unterrichter in seinem Erkenntniß die erkannte Hülfsvollstreckung alsbald an die Stellung einer Kaution gebunden, so wäre vielmehr der Kläger beschwert gewesen, indem der Unterrichter diese Stellung einer Kaution ohne Verlangen des Beklagten, also von Amtswegen ausgesprochen hätte, was er nicht thun darf. Die erhobene Beschwerde ist daher als unbegründet zu verwerfen. Sander.

IV.

Man liest immer noch Urtheile in Ehrenkränkungssachen und in andern Vorkommnissen, wo der Geldbetrag in Reichsthalern ausgedrückt ist, und nicht in Gulden, während wir doch sicherlich die Guldenrechnung haben. Die Sache hat auch eine politische und deßhalb gefährliche Seite, denn man kann darin eine fortgesetzte Protestation dagegen wittern, daß das deutsche Reich aufgehört hat, und nur der deutsche Bund an seine Stelle getreten ist. Sander.

†) Der Mangel an Instruktion kann nie als Grund zur Verweigerung der Antwort gelten, denn dieses Hinderniß läßt sich ja durch Instruktions-Einholung beseitigen. Es kann darin nach Umständen nur ein Grund zur Verlegung der Tagfahrt liegen, um bis zur Abhaltung derselben die mangelnde Instruktion einholen zu können. D. Red.

††) Der im § 342 für die Verweigerung der Antwort gedrohte Rechtsnachtheil wird nach §. 654 durch ein Versäumungserkenntniß ausgesprochen, welches nach §. 657 nicht nur dem Anwalte, sondern der Partei selbst behändigt wird, so daß diese nicht anders als gegen die sonstigen Versäumungserkenntnisse Wiederherstellung dagegen erlangen kann. D. Red.

†††) Wenn kein persönliches Erscheinen der Parteien verlangt wird, so bedarf es für die Ausübung des Fragerechts eben so wenig, als für andere Prozeßhandlungen besondere Bestimmungen in Beziehung auf den Fiskus und die Korporationen. D. Red.

Hauptredacteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 21. Mai 1842.

I.

Ueber die Legitimation des kirchenbaupflichtigen Zehntherrn zur Klage gegen die Kirchspielsgemeinde auf Leistung der Hand- und Fuhrfrohnden.

Conf. Annal. von 1841 Nr. 18 und von 1842 Nr. 1, 11, 12.

Unbestritten und unbestreitbar ist, daß, auch wenn kein Baufall vorliegt, behufs der Zehntablösung die Frage, ob die Hand- und Fuhrfrohnden von der Kirchspielsgemeinde zu leisten, oder auf Kosten des Zehntherrn zu verrichten sind, zur richterlichen Entscheidung gebracht werden kann. Aber wer zu der Klage legitimirt und wie diese einzurichten sei, darüber sind die Ansichten noch getheilt, und da diese Streitfrage jetzt, wo überall zur Ablösung der Zehntlasten geschritten wird, eine hohe praktische Bedeutung erhalten hat, so wird eine baldige Vereinigung der Ansichten sehr wünschenswerth, damit unnöthige und kostspielige Prozesse möglichst vermieden werden. Ich erlaube mir deßhalb, wenn ich mir auch kein competentes Urtheil in der Sache zutraue, doch als Beitrag zur Erläuterung der Frage auch die Bedenken, welche sich mir beim Durchlesen der oben erwähnten Aufsätze aufgedrungen haben, hier kurz mitzutheilen.

1) Der §. 15 des Bauedikts stellt, wie von beiden Theilen auch anerkannt wird, den Grundsatz auf, daß in allen Fällen, es mag die sonstige Baupflicht ruhen, auf wem es sei, das Kirchspiel die Hand- und Fuhrarbeiten zu dem Bau unentgeldlich leisten müsse, und daß es sich nur davon befreien könne, wenn es nachweise, daß diese Verpflichtung durch einen besondern Rechtstitel auf die Kirchenkasse oder den Zehntherrn übergewälzt worden sei. Dürfte nicht schon hieraus zu folgern sein, daß bei der Ablösung der Baulasten, die zum Bau nöthigen Hand- und Fuhrarbeiten als an und für sich nicht zu dem Lastenkapital gehörig ausgeschieden werden müssen, und daß die Gemeinde†), wenn sie behauptet, es liege dem Zehntherrn ob, die Arbeiten auf seine Kosten verrichten zu lassen, zum besondern Rechtsaustrag zu verweisen ist? Wenn bei der Ablösung der Zehnten der Umfang der Berechtigung bestritten ist, wird es den Pflichtigen nicht einfallen, mittelst einer Negatorienklage den Ausspruch zu erwirken, daß sie resp. ihre Grundstücke nicht verpflichtet seien, den ganzen angesprochenen Zehntbetrag zu leisten, sondern der Berechtigte, der mehr verlangt als ihm zugestanden wird, muß die Klage erheben. Bei der Ablösung der Lasten ist es dasselbe Verhältniß. Behauptet die Gemeinde, es ruhe eine größere Last auf dem Zehnten, als der Zehntberechtigte anerkennt, so mag sie klagend auftreten, er hat keinen Grund dazu ††). Denn so lange nicht nachgewiesen ist, daß die größere Last vorhanden ist, und so lange er nicht zu deren Tragung verurtheilt ist, hat er nach §. 15 des Bauedikts nicht dafür einzustehen, der Gemeinde liegt sie dagegen kraft Gesetzes ob.

2) Man hat die Analogie der Grunddienstbarkeiten herübergezogen und gesagt: weil da dem Berechtigten wie dem Belasteten ein Klagrecht zusteht, so muß es auch bei den Baulasten ebenso gehalten werden können. Allein man hat sich dabei einer petitio principii schuldig gemacht, eine solche Analogie besteht gar nicht; nur bei verwandten Gegenständen ist sie nach Landrechtsatz 4 a anwendbar, hier ist aber durchgreifende Ver-

†) Der Kürze wegen wird statt „Kirchspielsgemeinde" schlechtweg der Ausdruck „Gemeinde" gebraucht werden.

††) Inwiefern das Zehntablösungsgesetz dennoch eine Abweichung von diesem allgemeinen Grundsatz begründet, wird unter Nr. 3 gezeigt werden.

Digitized by Google

ſchiedenheit. Denn wo iſt ein herrſchendes oder dienendes Gut? die Kirche, d. h. die Sammlung von Menſchen unter eine eigene für die Religionsübung beſtimmte Geſellſchaft (§. 7 des Conſtitutions-Edikts über die kirchliche Staatsverfaſſung) iſt Eigenthümerin des Kirchengebäudes, §. 9 ibid, ihr zu Gunſten wird es errichtet und ſie iſt die Berechtigte; aber ihre Berechtigung gründet ſich nicht auf den Beſitz eines Grundſtücks, und iſt nicht für dieſes geſchaffen, ſondern ſie beruht auf dem allgemeinen Bedürfniß und beſondern geſetzlichen Beſtimmungen. Die Kirche hat das Recht zu verlangen, daß das zum Gottesdienſt beſtimmte Gebäude im baulichen Stand erhalten und erforderlichen Falls neu gebaut werde, und wenn nun das Geſetz anordnet, daß bei Inſufficienz der Kirchenkaſſe der Zehntherr die Koſten im Allgemeinen zu tragen und die Gemeinde die Hand- und Fuhrarbeiten zu leiſten habe, ſo vertheilt es damit die Laſt, und wenn auch dem Zehntherrn der größere Theil aufgebürdet und er darum Bauherr genannt wird, ſo iſt ſeine Verbindlichkeit doch abgegrenzt und jene der Gemeinde als für ſich beſtehend coordinirt, jedem iſt eine beſondere species der Baulaſt zugetheilt, Annalen von 1841. Nr. 47 pag. 328. — Nur vermöge beſondern Rechtstitels, alſo wenn ein Baufactum, Anerkenntniß oder Urtheil vorliegt, kann der Zehntherr angehalten werden, die Koſten für die Arbeiten zu beſtreiten, in allen übrigen Fällen müſſen ſie von der Gemeinde unentgeldlich geleiſtet werden, und man kann daher nicht ſagen, daß dieſe den Zehntherrn unterſtütze, oder daß ihr die Frohndpflicht zu ſeinen Gunſten auferlegt ſei. Keiner von beiden handelt zu Gunſten des Andern, ſondern jeder für die Kirche, welcher allein er verpflichtet iſt, und es würde daher der Zehntherr, wenn er klagend auftreten wollte, offenbar das Recht eines Dritten, der Kirche nämlich, verfolgen, wie dieß in Annalen von 1841. Nr. 18 und von 1842. Nr. 11 dargethan iſt. Aber, heißt es in Nr. 1 der Annalen von 1842, das Geſetz nennt den Zehntberechtigten, wenn ihm die Baulaſt obliegt, „Bauherr", die Frohnden dagegen ſollen „zu dem Bau" geleiſtet werden, ſie haben mithin das Weſen einer Hülfeleiſtung zum Bau, und die Hülfe wird zunächſt dem zum Vortheil gereicht, welchem die Beſorgung des Werks im Ganzen obliegt. Hiergegen iſt zu bemerken, daß auch die Verpflichtung des Zehntherrn in Landrechtſatz 710 d c nur als „die Laſt des Beitrags zu Kirchenbaubedürfniſſen" bezeichnet wird, daß in dem Baueditt ausdrücklich geſchieden iſt, was jedem obliegt, und daß überhaupt dieſes Argument nur dann zuläſſig wäre, wenn der Zehntherr jedenfalls den Bau aufführen, und ſo oft die Gemeinde die Frohnden verweigert, die Koſten für die Arbeiten vorſorglich übernehmen müßte; dieß iſt jedoch gerade nicht der Fall; ſo oft der Zehntherr ſeine Verbindlichkeit läugnet, muß die Gemeinde eintreten, und ſie wird dazu durch die Adminiſtrativbehörde angehalten, ohne daß der Zehntherr nöthig hätte, klagend aufzutreten. Kann und will ſie die Koſten zurückverlangen, ſo muß ſie klagen. Da ſonach der Zehntherr nie und in keinem Fall auch nur zur proviſoriſchen Beſtreitung der Koſten für die zum Bau nöthigen Arbeiten wider ſeinen Willen angehalten werden kann, ſo wird ſich auch kein Fall aufweiſen laſſen, wo je ein Zehntherr gegen eine Gemeinde auf Leiſtung der Baufrohnden geklagt hätte. Alles was er nicht thun will, wird im Adminiſtrativweg der Gemeinde aufgebürdet; Alles was man von ihm will, muß die Gemeinde klagend im Rechtsweg fordern. Er braucht auch nicht einmal bei der Adminiſtrativbehörde zu klagen, ſondern dieſe, welche den Bau leitet, muß dafür ſorgen, daß die Gemeinde die Frohnden leiſte, oder daß es auf deren Koſten geſchehe; dem Zehntherrn kann es ganz gleichgültig ſein, wird nicht dafür geſorgt, ſo läßt er eben das Bauweſen ruhen, denn ſo lange die Kirche ihm nicht die von ihr beizuſchaffende Mitwirkung der Gemeinde zu Gebot ſtellt, iſt er zu nichts verpflichtet; er hat ſeinen Beitrag zu leiſten, aber nicht dafür zu ſorgen, daß auch die Andern ihre Schuldigkeit thun, da dieſe nicht ihm zu Gunſten geſchieht, ſondern dem Eigenthümer des Baues, der Kirche.

Iſt der Zehntherr weder aus eigenem Recht, noch als Mandatar oder Geſchäftsführer der Kirche berechtigt und intereſſirt, von der Gemeinde Baufrohnden zu fordern, ſo läßt ſich auch nicht einſehen, wie er den Beſitzer des herrſchenden Gutes darſtellen ſoll oder eine Confeſſorienklage erheben kann. Die Baupflicht ruht allerdings auf dem Zehntrecht, aber das Recht, von der Gemeinde Frohnden zu verlangen kann nach dem Bisherigen gewiß nicht als Zugehörde der Baupflicht betrachtet werden.

So wenig ein herrſchendes Grundſtück vorhanden iſt, ſo wenig kann aus den gleichen Gründen ein dienendes aufgefunden werden, denn wie der Baupflichtige kein

Digitized by Google

Recht hat die Frohnden zu fordern, so ist die Gemeinde nicht verpflichtet, dieselben ihm zu leisten, nur der Kirche werden sie geleistet und nur diese ist Frohndherr. Auch abgesehen davon ist die Frohndpflicht nicht mit einer Grunddienstbarkeit zu vergleichen, auf walzende Frohnden können wohl nach Landrechtsatz 710 i a die Regeln der Grunddienstbarkeiten angewendet werden, aber auf persönliche nie, sie sind nach Analogie der Grundpflichtigkeiten zu behandeln, und zwischen diesen und den Grunddienstbarkeiten ist ein großer Unterschied, den auch Brauer Bd. I. pag. 573 und an den in Nr. 1 der Annalen von 1842 angeführten Stellen hervorhebt; die einzige Aehnlichkeit findet sich in der Art ihrer Erlöschung, und indem Landrechtsatz 710 g f diese ausdrücklich anerkennt, schließt er jede weitere Analogie aus. Wenn man auch die persönlichen Baufrohnden nach den bestehenden Gesetzen unter die sachähnlichen Rechte resp. Verbindlichkeiten zählen muß,

(Bekk dingliche Rechte §. 10 und 11)

obgleich sie aus einer Staatsberechtigung und nicht aus bürgerlichen Verhältnissen fließen, so fehlt doch jeder Zusammenhang mit einem Grundbesitz, wie dieß abgesehen von der Bestimmung des Landrechtsatzes 710 g a auch daraus erhellt, daß, wenn z. B. die Gemeinde die Frohnden verweigern würde, und die Arbeiten auf ihre Kosten von der Administrativbehörde an Andere vergeben würden, diese Kosten nicht nach dem Gütersteuerkapital, sondern nach dem allgemeinen Schätzungsfuß umgelegt werden müßten †). Es ist daher von dieser Last bis zu den Grunddienstbarkeiten ein weiter und gewagter Sprung.

Wie gering die Aehnlichkeit beider Verhältnisse ist, geht ferner daraus hervor, daß man schwanken konnte, welche Klage der Zehntherr anstellen soll, die Confessorien- oder die Negatorienklage; daß also ein Zweifel möglich war, ob bei ihm das herrschende oder das dienende Gut zu finden sei. In Nr. 11 der Annalen von 1842 wird angenommen, daß ihm die Negatorienklage zu gestatten sei, der Herr Verfasser dürfte aber hierin ein mit den von ihm aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbarliches Zugeständniß gemacht haben. Denn, selbst wenn der Zehntherr für die sonst der Gemeinde obliegenden Arbeiten zu dem Bau zu sorgen hat, so bestreitet er doch die desfallsigen Kosten, wie die übrigen Baukosten, für die Kirche und nicht für die Gemeinde, die Kirche bleibt die Berechtigte und zu ihren Gunsten geschieht der Aufwand; freilich hat die Gemeinde davon einen indirekten Nutzen, weil sie sonst verpflichtet wäre, und daher eine Last von ihr genommen ist, allein dieß ändert das eigentliche Verhältniß nicht und macht sie nicht zur Berechtigten, es befreit sie nur der berechtigten Kirche gegenüber; so wenig dem Zehntherrn eine Negatorienklage gegen die Gemeinde zusteht, wenn diese behauptet, es ruhe die Baulast überhaupt auf dem Zehnten und er dieß nicht anerkennt, so wenig kann er diese Klage anstellen, wenn vorgeschützt wird, es sei durch besondern Rechtstitel die Verpflichtung zur Bestreitung der Banarbeiten auf den Zehnten gelegt. Es fehlt in jedem Fall an dem rechtlichen Interesse zur Klage und an dem berechtigten und belasteten Grundstück. Wollte man selbst zugeben, daß der Zehnten eine Art Grunddienstgerechtigkeit wäre, obgleich ihm die gesetzlichen Merkmale fehlen, so würde doch nichts gewonnen, denn die Baulast wäre dann eine dieser Gerechtigkeit auferlegte Dienstbarkeit. Daß aber an einer Servitut wieder eine Servitut bestellt werden kann, wird sich gesetzlich nicht begründen lassen, und so fällt die ganze Analogie zusammen.

Eine weitere Verschiedenheit ist, daß das Frohnden und resp. Bestreiten der Arbeitskosten ein positives Thun ist. Wollte der Zehntherr die Confessorienklage anstellen, so müßte er die Verurtheilung der Gemeinde zu einem Leisten und Handeln begehren; könnte er dagegen die Negatorienklage erheben, so müßte er verlangen, nicht daß der Zehnten für frei erklärt werde, denn dieser kann nicht handeln, sondern daß ausgesprochen werde, er als Zehntbezugsberechtigter sei frei von der Verpflichtung zu positiven Leistungen. Dieß wäre bei derartigen Klagen etwas Unerhörtes, da eine Servitut nur im Leiden oder Unterlassen bestehen kann. ††).

Thibaut §. 604. Zachariä Bd. II. §. 247.

†) Seit Einführung der neuen Steuer besteht der im Baued ikt erwähnte Schätzungsfuß nicht mehr, und die Umlage wird jetzt nach ergangenen Staatsministerial-Entscheidungen nach dem jetzigen Gesammtsteuerkapital aller Inmärker und Ausmärker umgelegt. Nach dem §. 48 der Verordn. des Minist. d. J. v. 8. Okt. 1832. (Regierungsbl. p. 469.) sollte die Umlage blos nach den Güter- und Grund- (oder wie es nach der Berichtigung des Druckfehlers heißen muß: Häuser- und Grund-) Steuerkapitalien gemacht werden. D. Red.

††) Es soll hiemit hauptsächlich die Unzulässigkeit der Negatorienklage begründet werden. Die deutschrechtlichen Reallasten können

Endlich wäre eine Negatorienklage nur zulässig, wenn eine Störung des Rechtes stattgefunden hätte. Wo ist aber diese zu finden? die Gemeinde stellt nur die Behauptung auf, es sei die Verbindlichkeit die Bauarbeiten zu übernehmen mit dem Zehntbezug verbunden. Eine eigene Störung ist auch gar nicht möglich, weil das angemaßte Recht sich auf ein positives Leisten des Verpflichteten bezieht, und weil dieser nie in den Fall kommen kann, gegen seinen Willen die Kosten zu bestreiten, sondern die Gemeinde stets vorsorglich dazu angehalten wird.

Es fehlte sonach bei der Negatorien- wie bei der Confessorienklage dem Zehntherrn nicht allein an jedem rechtlichen Interesse, sondern es wäre auch die Last nicht zu Gunsten der Gemeinde, das Recht nicht zu seinen Gunsten bestellt, so daß es sich immer um die Rechte eines Dritten, der Kirche, handeln würde, und es fehlten alle Erfordernisse, welche das Gesetz für solche Klagen verlangt. Man wird daher annehmen müssen, daß die Analogie der Bestimmungen hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten unstatthaft ist †), daß ein eigenthümliches Verhältniß vorliegt, und daß die bei der Regulirung der Zehntlastenkapitalien entstehenden Differenzien nach den besondern der Natur der Sache entsprechenden Gesetzen, oder wo diese fehlen, nach den allgemeinen Rechtsregeln zu behandeln sind.

3) Durch die bisherige Darstellung ist schon ausgeführt und in Annalen von 1841. Nr. 18 und von 1842. Nr 11 erörtert, daß bei dem gewöhnlichen Gang der Sache der Fall nie eintreten kann, in welchem der Zehntherr gegen die Gemeinde wegen der Arbeiten zu klagen hätte. Die Administrativbehörde entscheidet, ob ein Bau nothwendig und nach welchem Plane derselbe auszuführen sei, sie hat den ganzen Bau zu leiten, und dafür zu sorgen, daß keine Stockung oder Verzögerung eintritt, weßhalb sie in allen Fällen, wo ein anderer Pflichtiger nicht geständig und bereitwillig ist, die in letzter Ordnung baupflichtige

---

freilich in einem Leisten bestehen, und es mag die Confessorienklage analoge Anwendung finden, aber die Negatorienklage ist namentlich aus dem gleich folgenden Grunde durchgehends unstatthaft.

†) Diejenigen, welche die (hier scharfsinnig bekämpfte) Ansicht haben, daß dem Zehntherrn eine actio negatoria wegen der Hand- und Fuhrarbeiten gegen die Kirchengemeinde zustehe, betrachten die Kirchengemeinde als die Eigenthümerin der Kirchengebäude. Nicht die Kirche im Ganzen (z. B. die katholische oder die evangelisch-protestantische Kirche), sondern die besondere kirchliche Gesellschaft, welche aus den einer gewissen Kirche angehörigen Einwohner eines Orts, bestehen, d. i. das Kirchspiel oder die Kirchengemeinde ist Eigenthümerin der zu ihrem Gebrauche bestimmten kirchlichen Gebäude, wenn gleich ihre Verfügungsgewalt darüber des Zweckes wegen, wozu die Gebäude bestimmt sind, besondern Beschränkungen unterworfen ist.

Ist aber das Kirchspiel Eigenthümer der kirchlichen Gebäude, so gründet sich auch hierauf seine Verpflichtung zur Unterhaltung derselben, soweit diese Unterhaltung nicht kraft gesetzlicher Bestimmung oder vermöge eines besondern Titels einem Andern obliegt. Der Zehntherr, dem diese Unterhaltung auf solche Weise ganz oder theilweise obliegt, hat nun eben damit eine Last gegen das Kirchspiel. Dieses ist der Berechtigte, und er ist der Verpflichtete. Das kirchliche Gebäude ist das berechtigte Gut, zu dessen Vortheil die Verbindlichkeit besteht, und der Zehnten (nach S. 526a ein unbewegliches Gut), auf dem die Verbindlichkeit lastet, ist das dienende Gut.

Zwar ist es richtig, daß der Zehnten nicht eigentlich für den Gebrauch jener Gebäude dient, wie dies bei den (auch nie in faciendo bestehenden) Grunddienstbarkeiten im Römischen Sinne und im Sinne des Landrechtsatzes 637 vorausgesetzt wird; aber das Verhältniß ist ein ähnliches, der Zehnten ist belastet zum Vortheil der Kirchengebäude, beziehungsweise des Kirchspiels als Eigenthümers derselben. Daß hier an einer Servitut wieder eine Servitut bestehen könne, ergibt sich aber aus den S. 710cn —710dd; denn nach S. 710 a und b ist der Zehnten eine Erbdienstbarkeit, und nach dem S. 710dc, kann diese Dienstgerechtigkeit selbst wieder eine Kirchenbaupflicht als eine dingliche Last auf sich haben.

Was nun die Klageform betrifft, so wurden bei solchen teutschrechtlichen Reallasten die nach dem Römischen Rechte nur für die eigentlichen Grunddienstbarkeiten eingeführten Klagen als actiones confessoriae und negatoriae utiles von jeher zugelassen. Mittermaier teutsches Privatrecht (5. Ausgabe) §. 173. Note 17. — Eichhorn teutsches Privatrecht (4. Ausgabe) §. 166. —

Namentlich auch die Negatorienklage wird zugelassen, ohne daß eine eigentliche Störung des Klägers in der Freiheit seines Guts, wie bei den wirklichen Grunddienstbarkeiten, vorausgegangen sein kann. Es genügt in dieser Beziehung an der gegnerschen Behauptung einer solchen Berechtigung, um den Eigenthümer mit der Klage, durch welche er die Freiheit seines Guts (hier des Zehntens) von der behaupteten Last in Anspruch nimmt, zuzulassen.

Kann der Zehntherr von diesem Gesichtspunkte aus mittelst einer Negatorienklage die Freiheit des Zehntens von der Kirchenbaupflicht im Allgemeinen verfolgen, so kann er damit auch die Freiheit desselben von den zum Bau nöthigen Fuhrarbeiten verfolgen, und diese act. neg. utilis ist gegen die Kirchengemeinde zu richten, insofern man diese als Eigenthümerin der Gebäude anerkennt.

D. Red.

Gemeinde zur wenigstens vorschußweisen Bestreitung der Kosten anhält, §. 4, 14, 15, des Bauedikts. Die Gemeinde muß also immer die Hand- und Fuhrarbeiten leisten, wenn der Zehntherr seine Verbindlichkeiten widerspricht, und wenn sie den Ersatz der Kosten will, muß sie klagend auftreten. Es fragt sich daher nur noch, ob das Zehntablösungsgesetz hieran etwas geändert habe?

Die einzigen durch dieses Gesetz herbeigeführten Modificationen sind:

A) weil der Lastenberechnung ein zweifelhafter Zustand nicht zu Grunde gelegt werden kann, darf auch schon jetzt, ohne daß ein Baufall vorhanden wäre, die definitive Entscheidung der Frage, ob der Zehntherr die Bauarbeiten auf seine Kosten verrichten lassen muß, veranlaßt werden. Dies folgt aus §. 73 des Zehntgesetzes; es geht aber daraus noch nicht hervor, daß nun jeder Theil die Klage gegen den Andern erheben kann, sondern es wird nur, wie bei Ganten, das sonst durch den Eintritt eines Baufalls bedingte Recht der Gemeinde jetzt schon klagbar, weil ihr die Möglichkeit verschafft werden muß, die zu dessen Erhaltung nöthigen Schritte zu thun, Landrechtsatz 1180, damit sie nicht bei einem dereinstigen Baufall wieder provisorisch einstehen muß, und wenn sie ihren Rückgriff an den Zehntherrn nehmen will, der Gefahr ausgesetzt ist, vielleicht nichts mehr zu erhalten, weil der Zehnten, der ihr bisher die erforderliche Sicherheit dargeboten hat, nicht mehr besteht.

B) Eine weitere und die für den Zehntherrn wichtigste Aenderung ist, daß das Zehntablösungskapital nach §. 56 des Zehntgesetzes nicht eher verabfolgt wird, als bis auch über die Lasten endgültig entschieden ist, und daß wenn über Dasein oder Umfang einer Last Streit obwaltet, nach §. 73 l. c. eine dem Capitalanschlag dieser Last (also hier der Hand- und Fuhrarbeiten zum Bau) entsprechende Summe von dem Zehntablösungskapital abgezogen und bis zu entschiedener Sache dem Zehntherrn vorenthalten wird. Dies ist meines Dafürhaltens der einzige Grund, aus welchem sich behaupten läßt, daß der Zehntherr ein rechtliches Interesse habe, die Entscheidung des Streites über die Verpflichtung zur Leistung der Arbeiten selbst herbeizuführen. Nur aus diesem Grunde kann ihm das Recht zur Klage zugestanden werden, aber darum auch nur insoweit, als es zur Bewirkung der Auszahlung des ihm gebührenden Zehntablösungskapitals nothwendig ist. Da das Zehntgesetz keine Andeutung über das dabei einzuhaltende Verfahren enthält, so ist auch in Bezug auf dieses eine Abweichung von dem gewöhnlichen Prozeßgang nicht zulässig, sondern man ist auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verwiesen. Aus diesen dürften sich zweierlei Wege rechtfertigen lassen.

a) Wenn jemand behauptet oder ausstreut, bestimmte Ansprüche gegen einen Andern zu haben und dieser erkennt sie nicht an, so steht ihm nach §. 762 der Prozeßordnung das Recht zu, denselben aufzufordern, daß er diese Ansprüche innerhalb einer vom Richter zu bestimmenden Frist bei Verlust des Klagrechts, klagend geltend mache, §. 766 der Prozeßordnung. Wenn also die Gemeinde dem Zehntherrn einen Theil des Zehntablösungskapitals unter dem Vorwand streitig macht, daß die sonst ihr obliegende Verbindlichkeit zur Leistung der Bauarbeiten durch einen besondern Rechtstitel, sei es nun Baufaktum, Anerkenntniß, oder Urtheil, auf ihn übergewälzt worden sei, so behauptet sie damit, es stehe ihr das Recht zu, die Bestreitung dieser Arbeiten, beziehungsweise das Ablösungskapital hiefür von ihm fordern zu können, und er ist daher unbestreitbar befugt, sie aufzufordern, daß sie diese Ansprüche bei Verlust des Klagrechtes gegen ihn geltend mache. Versäumt dann die Gemeinde die ihr vom Richter gesetzte Frist, so wird der Rechtsnachtheil ausgesprochen, es ist die Sache entschieden, und das Ablösungskapital muß dem Zehntherrn verabfolgt werden. Dies ist ein höchst einfacher und natürlicher Weg, der sicher zum Ziele führt.

b) die Entscheidung der Frage, ob die Gemeinde die Baufrohnden unentgeldlich zu leisten, oder der Zehntherr die Kosten dafür zu bestreiten habe, ist diesem gleichgültig, aber es wird ihm das Zehntablösungskapital vorenthalten, dieses will er und zwar ungeschmälert; was liegt nun näher, als daß er auf dessen Ausfolgung klage, oder auf Verurtheilung der Gemeinde zu Zahlung des noch streitigen Betrages, oder auch auf Festsetzung des Lastenablösungskapitals auf die von ihm anerkannte Summe? Diese Klage wird gewiß zulässig erscheinen, und ihre Begründung ist nicht schwer; es gehört dazu nur die Angabe, Kläger sei in der Gemarkung N. . zehntberechtigt, der Zehnte sei zur Ablösung gebracht und das Ablösungskapital auf so und

Digitized by Google

so viel festgesetzt, hieran gehe das Lastenkapital mit so viel ab, nun weigere sich aber die Gemeinde den Restbetrag zu bezahlen, esp. anzuerkennen, weßhalb gebeten wird, sie zu dessen Auszahlung zu verurtheilen resp. das Ablösungskapital auf den angegebeaen Betrag festzusetzen. Weiter wird wohl nichts nöthig sein, doch kann immerhin zur nähern Verdeutlichung als Geschichtserzählung aageführt werden, die Gemeinde bestreite den Betrag, weil sie behaupte, es liege ihm die Bestreitung der Bauarbeiten ob; allein diese Anführung gehört so wenig zur Klagbegründung, als die Berufung auf §. 15 des Bauedikts, wornach die Gemeinde kraft Gesetzes frohndpflichtig sei. Die Gemeinde muß dann einredend vorbriagen, daß und aus welchem Rechtstitel der Zehatherr zur Bestreitung der Kosten für die Bauarbeiten verpflichtet sei, sie muß den Beweis liefern, und mag wiedeeklagend die Verurtheilung des Zehntberechtigten begehren. In der Replik kann er anführen, daß er bei einem Baufall nicht beigezogen worden sei, daß er die Arbeitskosten nur wohlthatsweise bestritten und die Gemeinde es als Wohlthat angenommeu habe, oder dergleicheu. —

Es werden sich wohl nur diese beiden Klagen begründen und durchführen lassen, die eine wie die andere ist einfach, uud geht aus der Natur der Sache hervor. Warum soll man zu exorbitanten Mitteln greifen und dem Gesetze Zwang authun, wenn auf natürlichem Wege der gleiche Zweck und mit weniger Schwierigkeit erreicht weeden kann? Auch in der Redaktionsnote zu Nr. 1 der Annalen von 1842 ist nur anerkanat, daß aus §. 73 des Zehntgesetzes das Recht der Betheiligten folge, durch eine Klage die Eatscheidung über Dasein uad Umfang der Last herbeizuführen.

Duech die eben bezeichneten Klagen kann der Zehntherr diese Entscheidung auf geaügende Weise nnd vollständig herbeiführen, es wird dadurch also dem Geist und Zweck dieses Gesetzes entsprochen, und wird dabei keinem andern Gesetze zu nahe geteeten.

4) Bisher war von der Legitimation der beiden Baupflichtigen zur Klagführung die Rede, es mag daher schließlich noch die Frage berührt werden, ob denn die Kirche selbst auch klagend auftreten kann? Sie ist die Berechtigte, und es ist in Nr. 1 der Annalen von 1842 ausgeführt, daß ihr die Confessorienklage zustehe; allein an ein Grundstück ist ihre Berechtigung nicht geknüpft, wenn sie auch Eigenthümerin nnd Besitzerin des Gebäudes ist, zu welchem die Arbeiten geleistet werden, so geschehen diese doch nicht zum Vortheil dieses Kirchengebäudes oder des Grundstücks worauf es steht, sonst müßte die Verbindlichkeit bei deren Untergang erlöschen; dies ist aber nicht der Fall; wenn das Gebäude zerstört, der Boden überschwemmt oder unbrauchbar wird, so muß ein neues Grundstück erworben und ein neues Gebäude errichtet werden. Hieraus eesieht man, wenn man überhaupt im Ernste daran zweifeln sollte, daß die Bau- und Frohndpflicht zu Gunsten der Kirche, d. h. der moralischen Person oder der Gesellschaft, nnd ihrer Zwecke, geschaffen ist, und nicht zum Nutzen eines Grundstückes oder Gebäudes. Im Uebrigen fehlt es der Kirche an denselben Erforderaissen zur Begründung der Confessorienklage wie dem Zehatherrn, es ist kein dienendes Gut vorhanden nnd vergebens forscht man nach einem rechtlichen Interesse. So oft eine Reparatur oder ein Neuban nöthig wird, sorgt die Administrativbehörde dafür und schafft die nöthigen Mittel herbei, die Kirche beaucht nie selbst einzuschreiten odee klagend aufzntreten, und es kann ihr gleichgültig sein, wer die Arbeiten jetzt oder in Zukunft leiste, oder die Kosten dafür bestreite, da sie nichts dabei zu verlieren hat, und es ihr nie an einem Pflichtigen fehlen kann. Ihre Lage wird auch durch die Zehntablösung nicht verändert, und sie wird deßhalb zu keiner Aet von Klage berechtigt sein, wie es ihr denn auch nie einfallen wird, eine solche anzustellen. —

Der langen Rede kurzer Sinn ist aun freilich dee, daß der Zehntherr eben doch gegen die Gemeinde klagen kann; man wird aber doch nicht sagen können, daß es so ganz gleichgültig sei, welchen Namen man dem Kinde gebe, ob man die Klage Confessorien- oder Negatorienklage, Aufforderung zur Klage, oder Klage auf Ausfolgung oder Festsetzung des Ablösungskapitals nenne, da jede dieser Klagen auf verschiedene Thatsachen und Rechtsgrundsätze gebaut werden muß. Was der Kläger nicht vorbriagt, kann der Richter nicht ergänzen, das Petitum kann er nicht ändern, und es kommt daher Alles daranf an, daß die rechte Klage auf die gehörige Weise erhoben werde.

Rüßlin.

Digitized by Google

II.

Ueber Mißanwendung des §. 818 der Prozeßordnung, die Zusammenberufung der Gläubiger zum Versuch eines Borgvergleiches betreffend.

Schon im ersten Jahrgang dieser Blätter (Nr. 22, S. 136) hat die Redaktion in einer Note angedeutet, daß die in §. 818 der Prozeßordnung gegebene Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen Borg- oder Stundungsvergleiche auch die nicht zustimmenden Gläubiger binden, nur im Gantverfahren, nach Ausspruch des Ganterkenntnisses, wodurch die Gant eröffnet wird, Anwendung finden darf.

Ungerne liest man noch immer da und dort öffentliche Vorladungen von Gläubigern *vor* eröffneter Gant mit Androhung des gantordnungsmäßigen Rechtsnachtheils (§. 818 Ziff. 2), namentlich sind vor Kurzem von 3 einander nahe liegenden Bezirksämtern des Mittelrheinkreises dergleichen Aufforderungen ausgegangen.

Daß solche Aufforderungen nach Wort und Geist der Prozeßordnung unstatthaft sind, nachzuweisen, ist die Aufgabe dieser kleinen Abhandlung.

Niemand soll zum Klagen gezwungen werden, ist ein Hauptgrundsatz des gemeinen deutschen, und des badischen sowie jedes vernunftgemäß geordneten Prozesses.

Schon das römische Recht huldigte diesem Grundsatz, vergl. L. unic. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur (3, 7), und hielt ihn mit ganzer Strenge fest. Die mildere Praxis war es auch hier, welche von der strengen Regel abging, indem sie namentlich mit irriger Anwendung der bezüglichen Stellen des Codex und der Pandecten, von der Reichsgesetzgebung nachher unterstützt, die s. g. Provocatio ex lege diffamari und si contendat einführte.

Unsere Prozeßordnung hat nach Weiler's Zeugniß in den Motiven S. 61 jene Provocationen beibehalten, weil ihre praktische Anwendung nach der Ansicht der Mehrheit der Gesetzgebungscommission *nicht ganz* entbehrlich schien, und durch ähnliche Rücksichten geleitet, hat sie nach Vorgang der österreichischen Gerichtsordnung die Aufforderung wegen zu besorgender Baueinsprache eingeführt. Sie will jedoch im Allgemeinen, wo keiner der gesetzlichen Ausnahmsfälle vorliegt, das Verbot des gerichtlichen Zwangs zur Klage streng eingehalten wissen, indem sie es im §. 761 an die Spitze des Titels 37 gestellt, und durchgängig die Aufforderung nur für solche Fälle zugelassen hat, wo sich der Auffordernde nicht durch Klage helfen kann, und eine gewisse Nothwendigkeit der Aufforderung vorhanden ist, wie dieß z. B. auch im Gantprozeß der Fall ist.

Was nun von Zwang zur gerichtlichen Verfolgung von Rechten gilt, das gilt noch vielmehr vom Zwang zum gerichtlichen Vergleich und namentlich auch zum Borgvergleich, welcher den Verzicht auf alsbaldige oder baldige Befriedigung enthält. Eine nur aus der ganz besonderen Natur des Gantprozesses zu rechtfertigende Eigenthümlichkeit des Gantverfahrens, ist es daher, daß §. 818 der Prozeßordnung eine Aufforderung der Gläubiger zum Borgvergleich mit Androhung des Rechtsnachtheils, daß die Ausgebliebenen als der Mehrheit beistimmend angesehen werden sollen, vorzeichnet. Daß die besonderen Vorschriften des Gantverfahrens, welches mit so manchen anderen Abweichungen auch allgemeinen Zwang zur gerichtlichen Verfolgung aller Ansprüche an die Masse mit sich führt, nicht auf das gewöhnliche Verfahren angewendet werden dürfen, ist eine so einleuchtende Rechtswahrheit, daß es Zeitverderb wäre, eine Begründung derselben beizufügen, und abgesehen hievon können nach Prozeßordnung §. 653 Rechtsnachtheile nicht auf den Grund der Rechtsähnlichkeit, vielmehr nur auf den Grund bestimmter Gesetzesaussprüche angedroht werden. Es genügt demnach zu zeigen, daß die Vorschrift des §. 818 nur für das Gantverfahren ertheilt ist.

Dieses ergibt sich aus Folgendem:

Unser §. 818 befindet sich in Titel 41 der Prozeßordnung, welcher *von Gantverfahren* handelt; sollte er allgemein gelten, so wäre Titel 39, der *von Vergleichsversuchen* handelt, die Stelle, wohin er gehörte. Wohl ist es nicht zu läugnen, daß das Gesetz manchmal allgemeine Bestimmungen bei Gelegenheit besonderer Vorschriften einschließen läßt (das Landrecht liefert manche Beispiele, vergl. Landrechtsätze 784, 1689—1701), allein bei unserem Paragraph ist dies, wie sich aus näherer Betrachtung und Vergleichung desselben mit anderen Gesetzesstellen ergibt, nicht der Fall. Es spricht zwar der gerade vorhergehende Paragraph, und hierin scheint der Stein des Anstoßes zu liegen, von der Abwendung der Eröffnung oder der Fortsetzung der Gant durch Stundungs- oder Nachlaßvergleiche, und schreibt vor, daß der Richter auch *vor* der Gant am schicklichen Zeitpunkt, solche

Digitized by Google

Vergleiche einleiten soll; es verstand sich indessen ganz von selbst, und bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetz, daß in diesem Fall der nur für das Gantverfahren vorgeschriebene Rechtsnachtheil des §. 818 Ziff. 2 nicht angedroht werden darf, sondern hier freiwilliges Zusammenkommen der Gläubiger, nöthigenfalls auf einfache Einladung zur Theilnahme ohne Rechtsnachtheil, vorausgesetzt wird. Die in §. 818 Ziff. 2 erwähnte ordnungsmäßige Vorladung zur Vergleichstagfahrt ist keine andere als die nach §. 853 einen Theil des Gantediktes bildende.

Daß §. 818 nicht allgemein sondern nur für das Gantverfahren maaßgebend sein soll, ergibt sich schon aus dem Beisatz am Schluß von Ziff. 1 des §. „und zwar ebensowenig in Handels- als in gemeinen Ganten", ferner aus den entsprechenden Vorschriften der Handelsrechtsätze 220, 221, denen §. 818 nachgebildet ist, indem diese Handelsrechtssätze den Ausbruch des Zahlungsunvermögens und ein vorgängiges gesetzmäßiges Richtigstellungsverfahren voraussetzen. Auch die l. 8 C. qui bonis cedere possunt (7, 71), die Grundquelle der hier in Frage stehenden Rechtsbestimmungen über Borgvergleiche, setzt das Anerbieten der Cessio bonorum von Seiten des Schuldners, somit der Sache nach Gantmäßigkeit voraus.

Wollte man sich einwerfend auf Landrechtsatz 1244 berufen, um die allgemeine Anwendbarkeit unseres §. 818 darzulegen, und sich etwa darauf stützen, daß Weiler selbst in seinen Motiven S. 71 bei §. 818 auf jenen Satz des Landrechtes mit dem Bemerken hinweist, daß die gesetzliche Nöthigung des Nichteinwilligenden schon in diesem Landrechtssatz liege, und der Verzicht auf einen Anspruch oder auf einen Theil desselben hier nicht gefordert werde, so wäre zu erinnern, daß Landrechtsatz 1244 nur mäßige Zahlungsfristen gestattet, und warnend beifügt, es habe der Richter das Recht der Fristbewilligung mit vieler Vorsicht zu gebrauchen, daß aber die Mehrheit der erschienenen Gläubiger aus besonderen Gründen unmäßige Fristen bis zu 5 Jahren ohne viel Behutsamkeit bewilligen könnte, es wäre ferner zu erinnern, daß bei näherer Erwägung sich die Stundungs- oder Borgbewilligung rechtlich als ein wirklicher Verzicht darstellt, insofern sich der Gläubiger eine Minderung der Forderung hinsichtlich der Zeit, gleichsam eine Minus petitio tempore (wenn man nach Aehnlichkeit des Ausdrucks Plus petitio tempore so sagen dürfte) zugesteht, wie dieß lebhaft in die Augen fällt, sobald man sich z. B. den Fall 5jähriger Borgfrist für eine unverzinsliche Darlehensschuld von 3000 fl. vorstellt. Uebrigens läßt sich aus Weilers Motiven nicht nachweisen, daß er die allgemeine Anwendbarkeit des §. 818 ohne vorgängige Ganteröffnung unterstelle, vielmehr läßt die a. a. O. von ihm hinzugesetzte Bemerkung, es seien die Bestimmungen, welche im Handelsrecht für Handelsleute gegeben sind, zu Grund gelegt worden, nach dem Oben gesagten das Gegentheil erkennen.

Wir verweisen dagegen auf einen anderen Ausspruch Weilers S. 62, wo er in Bezug auf öffentliche Aufforderungen bemerkt: „Vorsichtig ist aber in Androhung der Rechtsnachtheile zu Werke zu gehen, damit keine erworbenen Rechte Dritter aus bloßer Rücksicht für die Beruhigung des Provocanten gefährdet werden. Hierüber haben in der Praxis häufige Mißverständnisse sich ergeben." u. s. w. Wahrlich, wenn bei einer Zusammenberufung der Gläubiger ohne vorgängigen richterlichen Ausspruch der Gantmäßigkeit überhaupt irgend ein Rechtsnachtheil angedroht werden dürfte, so wäre es höchstens nach Maasgabe der Prozeßordnung §. 795 die in der Natur der Sache begründete, sich von selbst ergebende Folge, daß das Nichterscheinen der Parthei an der zum Vergleichsversuch besonders angesetzten Tagfahrt als Weigerung derselben, sich zu vergleichen gilt.

Alle diese Sätze scheinen uns sehr einleuchtend. Wir glauben daher mit dem Wunsche schließen zu dürfen, es möge die dargestellte Mißanwendung des §. 818 der Prozeßordnung immer seltener vorkommen, und sich zuletzt ganz verlieren, wie so mancher frühere Fehltritt der Praxis auf der neuen Bahn eines strenggeordneten Verfahrens.

E. Brauer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 28. Mai 1842.

I.

Ueber die Zustellung richterlicher Beschlüsse.

Es wird kaum einen Theil unserer Prozeßordnung geben, dessen Bestimmungen klarer und verständlicher sind, als die Vorschriften über die „Eröffnung der Ladung und anderer richterlicher Beschlüsse" im X. Titel; und dennoch wird kein anderer Theil des Prozeßgesetzes so vielfältig und so gröblich übertreten, als gerade dieser. Gleichwohl ist die genaue Beobachtung dieser Vorschriften für die Grundlage des Prozesses und die Rechtssicherheit der Parteien unbestreitbar von entscheidender Wichtigkeit, zumal seit dem Erscheinen der Novelle zur Prozeßordnung, welche durch die Anordnung, daß bei dem Ausbleiben einer Partei in der Publikationstagfahrt derselben Abschrift des Urtheils zugestellt werden muß, um den Fristenlauf zu beginnen (Art. 2), die Bedeutsamkeit richtiger Zustellungen wesentlich erhöht hat. Es dürfte deßhalb die öffentliche Rüge der erheblichsten und am häufigsten vorkommenden Mängel und die Mittheilung einiger auf die Hebung des Mißstandes abzweckender Bemerkungen nicht ohne praktisches Interesse sein.

Es gränzt ans Unglaubliche, mit welcher Unpünktlichkeit unsere Gerichtsboten in den Aemtern bei diesem Geschäfte zum großen Theile zu Werke gehen und wie viele ganz unrichtige Angaben sich dieselben ohne alles Bedenken erlauben. Häufig bewirken sie die Zustellungen gar nicht selbst, sondern durch ihre Kinder, die manchmal noch nicht einmal schreiben können, oder durch dritte sich ihnen gelegenheitlich darbietende Personen, welch letzteres besonders auf dem Lande und bei größern Ortsentfernungen vorkommt. Auf die mündlichen Angaben solcher zu dem Geschäfte nicht verpflichteten Personen setzt dann der Bote seine Beurkundung auf das Formular oder die Impresse des Scheins, während das Gesetz will, daß der dazu verpflichtete Bote selbst und nur dieser zustelle, und nur beurkunde, was er selbst gethan und wahrgenommen hat. Am öftesten kommt der Fall vor, daß der Schein gar nicht enthält, wem zugestellt wurde, oder die Person blos durch ihre Prozeßrolle bezeichnet wird, welche Bezeichnung sich manchmal schon in der Impresse ausgefüllt findet, während es die Absicht des Gesetzes (§. 262—264. 268) ist, daß immer genau angegeben werde, welcher der Personen insinuirt wurde, an welche eine Eröffnung giltig geschehen kann; der Code de procédure, dem unsere Prozeßordnung diese Vorschriften fast wörtlich entlehnt hat (Art. 68), schreibt die Beobachtung derselben und namentlich auch die Erwähnung dessen auf der Insinuationsurkunde unter Strafe der Nichtigkeit vor (Art. 70). Unser Prozeßgesetz hätte vielleicht besser gethan, wenn es diese Bestimmung gleichfalls aufgenommen hätte, anstatt die Würdigung ganz in das Ermessen des Richters zu stellen und dadurch Stoff zu Zweifel und Erörterungen über die Ersetzbarkeit dieser Beurkundung durch andere Beweismittel ꝛc. und zu ungleichen Entscheidungen zu geben. — Oft fehlt das Datum oder es ist unsicher. Nicht selten ist gar nicht oder unrichtig, oder unvollständig und undeutlich angegeben, was eröffnet wurde. So kam mir eine Beurkundung vor, worin der Bote erklärt, daß er das Anrufen eines Anwalts (womit das hofg. Dekret begann) zugestellt habe, während er beurkunden sollte und wahrscheinlich auch wollte, daß er das auf das Anrufen erlassene Ausschlußdekret zugestellt habe. In einem andern Fall (s. unten I.) ward das „Dekret" mit der Nummer eines Beschlusses (des Urtheils) und das Datum eines andern

Digitized by Google

im Schein angeführt und dadurch ungewiß gemacht, was zugestellt worden. Eine mir vorliegende andere Insinnation einer Verfallenerklärung besteht darin, daß der Bote auf das Requisitionsschreiben eines andern Amtes unter den Namen der betreffenden Partei setzte: „Obstehendem eine Anlage (welche?) zugestellt." Etwas ganz Gewöhnliches ist es ferner, daß die Gerichtsboten glauben, sie dürfen lange hintenach, wenn sie sich vielleicht des Vorgangs kaum mehr zu erinnern wissen, Vergessenes, z. B. das Datum, die Bezeichnung der Person, der eingehändigt wurde, noch nach Belieben (nicht etwa nach einem gehaltenen Botenbuche) nachholen und ergänzen, wobei sie in begreiflichem Streben, ihre Handlung als ordnungsmäßig und richtig erscheinen zu lassen, oft ganz Anderes beurkunden, als wirklich geschehen ist u. a. m.

Das formelle Recht ist eben sowohl Recht als das materielle, und hat auf den gleichen Schutz der Gesetzgebung und der Staatsgewalt Anspruch. Wenn deßhalb auch solche mangelhafte Beurkundungen im Allgemeinen dem materiellen Recht vielleicht eher günstig als nachtheilig sind, indem dadurch manche Fälle zur materiellen Prüfung des Obergerichts gelangen, welche bei strenger Einhaltung der Insinuationsvorschriften an den Formen ihre Schranken fänden, während dagegen die Fälle dadurch verkümmerter Vertheidigung die seltneren sein mögen, so geht doch auch in jenen erstern Fällen der andern Partei, der die richtige Beurkundung Rechte gesichert oder gegeben hätte, in der Regel eine Benachtheiligung zu. So glaubte in dem erstern der beiden vor Kurzem beim oberrh. Hofg. vorgekommenen Fälle der Kläger das amtliche Urtheil längst in Rechtskraft erwachsen, und seinen Anspruch gegen jede Anfechtung des einen der Gegner geschützt, der wahrscheinlich von dem Zeitpunkte der Urtheilserlassung, wie ungenügend auch die Beurkundungen waren, genug erfahren hatte, um bei Zeiten seine Interessen durch das Rechtsmittel zu wahren, das er erst, nachdem sein Streitgenosse obgesiegt, ergriff. Im andern Falle wurde die durch die Ungenauigkeit des Gerichtsboten veranlaßte Verwirrung durch das Bestreben des Gerichtsboten, die begangenen Fehler zu verbessern oder wenigstens zu bedecken, noch größer, so daß er sich zuletzt in handgreifliche Widersprüche verwickelte und so die Veranlassung zur Aufhebung des ganzen als nichtig erkannten Verfahrens und zu nicht geringen unnützen Kosten gab. (Der Gerichtshof erließ als Oberaufsichtsbehörde an die betreffenden Aemter die sachgemäßen Rügen.) — Forscht man den Ursachen dieser Mißstände näher nach, so möchten es hauptsächlich folgende sein:

1) Die Sorglosigkeit und allzugroße **Milde bei Prüfung** und Anstellung der Individuen, welche man zu diesem Dienste verwendet. Es kann Jemand ein recht guter Soldat gewesen oder ein sehr braver Gemeindebürger sein, und paßt doch nicht zum Gerichtsboten. (Ich muß hier bemerken, daß, zumal auf dem Lande, meistens die Ortsboten als Gerichtsboten verwendet werden.) Man sollte nebst unbescholtenem, zuverlässigem Charakter als unumgängliche Requisite für diesen Dienst verlangen, einige Fertigkeit, Geschriebenes zu lesen und selbst leserlich zu schreiben, und gesunde Auffassungskraft.

2) Die Gerichte selbst nehmen es häufig viel zu wenig genau mit diesen wichtigen Dokumenten, deren Prüfung ihnen zukommt, und gewöhnen dadurch die Boten an nachlässigen Dienst; sind diese aber einmal an Oberflächlichkeit und Schlendrian gewöhnt, so hält es sehr schwer, sie wieder in das Geleis der Ordnung zu bringen. Die Erfahrung lehrt, daß die schlechtesten, nachlässigsten Insinuationen von Boten da vorkommen, wo die Beamten am nachsichtigsten sind, und es selbst mit der Ordnung im Geschäft am wenigsten genau nehmen.

3) Manche Fehler würden vermieden oder noch zeitig genug verbessert werden, wenn, wie es auch offenbar die Intention des Gesetzes ist (§. 267), und bei dem oberrheinischen Hofgerichte und meines Wissens auch bei allen andern Gerichtshöfen des Landes geschieht, ebenso bei den Untergerichten die Beurkundungen stets oder doch wenigstens bei den wichtigern Beschlüssen (Urtheilen, Versäumungserkenntnissen, Verfallenerklärungen der Berufung, Beweisverfügungen in summarischen Sachen, Art. 7 der Pr. Nov., überhaupt überall da, wo der richterl. Akt der Rechtskraft empfänglich ist), nebst der Beurkundung auf dem der Partei zugestellten Dekret (§. 267) doppelt erhoben und dem Gegentheil das Duplikat mitgetheilt würde *), der das größte Interesse hat, die Ordnungsmäßigkeit der Bescheinigungen zu überwachen,

*) Nach dem C. d. pr. erhält die Gegenpartei stets Beurkundung der Zustellung des Huissier, welche letztere im franz. Prozeß lediglich der Thätigkeit der Parteien überlassen ist.

Digitized by Google

und durch seine Thätigkeit die etwaigen Uebersehen des Gerichts unschädlich machen würde, oder es dann doch wenigstens könnte. Sehr häufig lassen sich die Streitenden auch bei den Aemtern von Anwälten vertreten, und auch wo dies nicht der Fall ist, da können sie sich bei der Klarheit der gesetzlichen Vorschriften leicht darüber berathen und belehren, ob die Insin.-Dokumente in Ordnung sind. In dieser Hinsicht wäre es gewiß sowohl im Interesse der Parteien als der Geschäftsvereinfachung für die Gerichte, wenn die Uebung bei den Gerichtshöfen zu Mannheim, wornach die Advokaten die Zustellung bewirken und die Beurkundung dem Gericht vorlegen, allgemeine Nachahmung fände. Das oft vorkommende bloße Nachrichtgeben, wenn blos ein Exemplar ans Gericht gelangt, gewährt die Sicherheit nicht, wie die Zustellung eines Duplikats des Scheins, weil auf jenem die Controlle der Partei nicht eben gut möglich ist. Prüft alsdann die Partei die Beurkundung nicht bei Zeiten und nicht genau genug, so mag sie billig den daraus entspringenden Schaden leiden und sich selbst zuschreiben. Daß sie aber, wie es bei der meines Wissens in den Aemtern regelmäßig üblichen einfachen Erhebung der Insin.-Scheine zu den Akten — oft unterbleibt selbst diese — zu Amt gehe, und die Prüfung in den Akten selbst vornehme, wird man derselben nicht wohl zumuthen können, dies würde auch ohnehin gewiß den Zweck wenig erreichen.

4) Endlich fehlt es dem Institut selbst an den nöthigen äußern Garantien, und es möchte, zumal bei der durch die Prozeßordn. Nov. erhöhten Bedeutung desselben, der Erwägung der Gesetzgebung werth sein, ob nicht eine wesentliche Reform unseres Gerichtsbotenwesens nöthig sei, und ob dabei nicht die strenge Verantwortlichkeit der Gerichtsboten für allen durch fehlerhafte Insinuationen verursachten Schaden und Kosten, und zu dem Zweck die Stellung einer gewissen Caution die Grundlage bilden sollen. Ohne uns gerade die französischen huissiers mit den bekannten Mißbräuchen zu wünschen, glaube ich doch, daß wir diesem Institut unserer Nachbarn die eben genannten Garantieen entlehnen dürften. Der Gesetzgeber baut überab sicherer auf das Interesse, diesen mächtigen Hebel menschlicher Handlungen, als auf die Voraussetzung der Pflichterfüllung und wenn auch noch so feierlich gemachter Versprechungen, und thut daher immer gut, wenn er jenes so viel möglich mit diesen verbindet.*)

Bis dahin aber wird man, wenn man ernstlich will, daß es besser werde, mindestens Folgendes beobachten müssen:

1. Man sei sorgfältiger in der Wahl der Gerichtsboten und nehme nur zuverlässige, genügend befähigte Individuen dazu.

2. Man ertheile ihnen bei der Verpflichtung eine genaue, der Absicht der Prozeßordnung entsprechende Instruktion, gebe ihnen den gesetzlichen Vorschriften konforme Formularien in die Hand und wache streng auf pünktliche Besorgung ihres Geschäfts, wodurch ihnen die Vorschriften am zweckmäßigsten und bleibendsten eingeprägt werden.

3. Wiederholte und gröbere Versehen rüge man durch geeignete Strafen; bei unverbesserlichen, sich als unbrauchbar darstellenden Individuen lasse man sich nicht durch ein unzeitiges Mitleid dazu verleiten, sie ihren Dienst länger fortführen zu lassen, als es mit den Interessen der Rechtssicherheit und Ordnung vereinbar ist.

4. Man weise sie an, wo nicht über jede Insinuation, doch mindestens über die Zustellung der Urtheile und anderer der Rechtskraft empfänglichen richterlichen Akte die Beurkundung doppelt zu den Akten zu übergeben, und theile ein Exemplar der Gegenpartei mit.

5. Die Prozeßbezeichnung der Partei lasse man nicht in den Formularien ausfüllen, weil dies den Gerichtsboten zu leicht Anlaß giebt, sich mit dieser Bezeichnung zu begnügen, ohne die eigentliche Person zu benennen, welcher die Einhändigung geschah.

6. Um dies alles aber mit Erfolg zu thun, sollte die Regierung nicht allzu sparsam sein, die nöthige Zahl von Personen für den Dienst aufstellen und einem Manne nicht zuviel zuzumuthen, wie dies z. B. da der Fall ist, wo — (was selbst in größern Aemtern vorkommt) — der Dienst des Gerichtsboten und des Gefangenwarths, ja selbst noch des Amtsrevisoratsboten durch eine Person versehen wird, wovon dann die natürliche und nothwendige Folge die ist, daß kein Dienst recht versehen wird.

---

*) Der Art. 71 des C. de procéd. verordnet: „Si un exploit est declaré nul par l'effet de l'huissier, il pourra être condamné aux frais de l'exploit et de la procedure annulée sans préjudice des dommages et intérêts de la partie, suivant les circonstances."

Rechtsfälle über mangelhafte Zustellungen.

I.

In Sachen des Gabriel Kaiser gegen Joh. Georg und Fidel Kaiser zu Bernau, Forderung betreffend.

wurden die zwei Bekl. als ehemalige Vormünder der klägerschen Ehefrau wegen zwei Ausstandsposten regressorisch belangt. Der eine Beklagte, Johann Georg Kaiser, hat gegen das beide verurtheilende Erkenntniß des Amts St. Bl. die Appellation angezeigt und ausgeführt, und ein reformatorisches, die Kläger abweisendes Erkenntniß erwirkt. Der andere Bekl., Fidel Kaiser, führte die Berufung erst lange nachher aus, nachdem schon Exekutionsverfügungen erlassen waren, und machte geltend, daß ihm das Urtheil nicht ordnungsmäßig eröffnet worden, und eine Abschrift desselben ihm erst innerhalb der 42tägigen Frist von dem Tag der Einreichung der Berufungsschrift rückwärts gerechnet zugekommen sei.

Die Berufung wurde zugelassen und auch rücksichtlich dieses Bekl. der amtliche Bescheid mittelst Abweisung des Klägers reformirt.

Die Entscheidungsgründe lauten, so weit sie hierher gehören, wie folgt:

„Was vorerst die bestrittene Zulässigkeit der Appellation betrifft, so fehlt es an der ordnungsmäßigen Verkündung des amtlichen Bescheids vom 24. Oct. 1839 an Fidel Kaiser, den gegenw. Appellanten. Ueber die Vorladung desselben zur Verkündung geht die Beurkundung ab; ob, wann und wie die Bemerkung am Ende des Beschlusses hinter dem Protokoll über die Publikation an den Mitbekl. J. G. Kaiser v. 30. Nov. 1839: „Abschrift dem Fidel Kaiser" vollzogen worden, darüber enthalten die Akten ebenfalls keine ordnungsmäßige Nachweisung, ja man ersieht nicht einmal bestimmt, sondern kann es nur vermuthen, daß damit Abschrift des Urtheils gemeint sein soll.

Der Ins.-Schein v. 26. Dez. 1839 genügt nicht, da er die Eröffnung eines Dekrets vom 3. Dez. 1839 beurkundet, von welchem Datum das Urtheil nicht ist, auf welches die Nr. 13489 — die des Urtheils — hindeutet. Die ergangenen Exekutionsverfügungen können, auch abgesehen von der gleichfalls mangelhaften Nachweisung der Insinuation mehrerer derselben, der Ausführung der Berufung nicht entgegenstehen, da, wie eben gezeigt wurde, bei deren Erlassung das Urtheil die Rechtskraft noch nicht bestritten hatte.

Daß aber der amtliche Bescheid hinsichtlich des Appellanten kein Contumazialerkenntniß sei, wie Appellant behauptet, ergiebt sich daraus, daß jener nur mit seiner „Schlußerklärung" ausgeschlossen worden ist und das verurtheilende Erkenntniß sich nicht als Folge der Versäumniß darstellt. §. 654 der Prozeßordnung.

Hiernach ist daher die Appellation formell zulässig."

(Folgen nun die das Materielle betreffenden Gründe.)

II.

In Sachen des Lippmann Haas zu Emmendingen, Kl. Appellanten,

gegen

Georg Schlenker zu Windenreuthe, Bekl. Appellanten, Forderung betreffend.

Lippmann Haas hatte gegen „Georg Schlenker zu Windenreuthe" einen bedingten Zahlungsbefehl erwirkt auf die Summe von 433 fl. 46 kr. ꝛc. Der Gerichtsbote, der den Befehl insinuiren sollte, bemerkte auf dem ans Amt zurückgegebenen Exemplar der Verfügung: daß sich fünf „Georg Schlenker" in Windenreuthe befinden und keiner von allen den Zahlungsbefehl anerkannt habe. Dasselbe hat sodann — anstatt nach §. 724 der Prozeßordnung zu verfahren — auf eine Bemerkung des Gerichtsboten hin auf einem weitern Exemplar des bedingten Zahlungsbefehls, lautend: „Obiger Schuldner (hier war dem Namen des Bekl. der Name Johann beigefügt) will bis Sonntag den 30. Aug. 1840 seine Sache in Richtigkeit machen," — Liquiderkenntniß und später auch Exekution gegen Joh. Georg Schlenker verfügt. Unterm 26. Nov. 1840 langte beim Amte eine Einsprache eines Joh. G. Schlenker gegen die ihm eingehändigte Vollstreckungsverfügung ein. Das Amt erließ darauf folgende Verfügung:

„Da nach der Beurkundung des Gerichtsboten Sch. Joh. Georg Schlenker beim Brunnen bei der Trotte der eigentl. Beklagte ist, an welchen der bedingte Zahlungsbefehl, sowie das Liquiderkenntniß zugestellt wurde (?), so erhält das Bürgermeisteramt W. den Auftrag, den Vollstreckungsbefehl v. 9. v. M. mittelst Versteigerung von Liegenschaften ohne Rücksicht auf etwaige Einsprachen zu vollziehen."

Digitized by Google

Derjenige Johann Georg Schlenker, dem diese Verfügung wie die obgedachte Vollstreckungsverfügung zugestellt ward, und der den Beinamen Jakobs Sohn trägt, führte gegen die Verfügung die Appellation aus, und bemerkte in der Beschwerdeschrift, daß er nicht der einzige J. G. Schlenker in Windenreuthe sei, sondern 3 Joh. Georg Schlenker in dieser Gemeinde sich befinden, daß die in den Akten stehenden Verfügungen mit Ausnahme jener, gegen die er Einsprache erhoben, und des Verwerfungsdekrets v. 7. Dez. nicht an ihn insinuirt worden seien, jedenfalls nach den Insi.-Bescheinigungen darüber durchaus keine Gewißheit vorhanden sei. Er bat deßhalb, das ganze Verfahren zu kassieen und dem Kl. zu überlassen, mittelst Erhebung einer förmlichen Klage die Person des Bekl. genau und bestimmt zu bezeichnen, wenn er sein Recht weiter verfolgen wolle.

Das Hofgericht sah die Verfügung als Verwerfung einer Einsprache im Sinne des §. 718 der Prozeßordnung an und erkannte nach verhandelter Appellation: daß das Dekret v. 7. Dez. 1840, sowie das demselben vorausgegangene amtliche Verfaheen unter Verfällung des Appellanten in die Kosten beider Instanzen aufzuheben sei.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß in dem bedingten Zahlungsbefehl vom 7. August 1840 der Schuldner des Liebmann Haas lediglich Georg Schlenker von Windenreuthe, ohne alle nähere Bezeichnung, genannt ist, und daß nach der beigesetzten Bemerkung des Gerichtsboten Schuhmacher d. d. 18. August 1840 von fünf Individuen, die den Namen Georg Schlenker füheen, keines die Schulden anerkannt hat;

in Erwägung, daß zwar auf das Exemplar der dem Kläger zugegangenen Notifikation vom Gerichtsboten Schuhmacher die Bemerkung gesetzt ist, „obiger Schuldner will bis Sonntag den 30. August 1840 seine Sache in Richtigkeit machen" — diese aber nicht als eine Anerkennung der fraglichen Schuld von Seite des vom Gläubiger genannten Schuldners angesehen werden kann, weil auf jenem Exemplar vor dem Namen des Schuldners Georg Schlenker von anderer Hand und mit anderer Dinte noch der weitere Taufnamen Johann gesetzt ist, und daß dies später geschah, schon aus dem Umstand sich deutlich ergiebt, daß jener Zusatz vor dem gedruckten Wort an steht, welches also die beiden Taufnamen Johann Georg trennt, — und mithin, da nicht ausgemittelt ist, von wem der Beisatz „Johann" herrührt, nicht einmal erwiesen ist, ob der Beisatz des Gerichtsboten sich nur auf irgend einen Johann Georg Schlenker bezieht, wenn dies aber auch erwiesen wäre, daraus nicht folgen würde, daß irgend ein Johann Georg Schlenker mit dem im Zahlungsbefehl lediglich mit „Georg Schlenker" bezeichneten Schuldner eine und dieselbe Person sei;

in Erwägung, daß unter diesen Umständen der Gläubiger Liebmann Haas um so mehr zur nähern Bezeichnung des Schuldners hätte veranlaßt werden sollen, als die ohnehin mit keinem Datum versehene Bemerkung des Gerichtsboten auf dem zweiten Exemplar des Zahlungsbefehls jener auf dem ersten widerspricht und daher keinen unbedingten Glauben verdiente, und daß der Richter nicht einmal befugt war, auf jene Bemerkung hin gegen Georg Schlenker, und mithin noch weniger gegen Johann Georg Schlenker ein Liquiderkenntniß und respective eine Vollstreckungsverfügung zu erlassen;

in Erwägung, daß der sich Johann Georg Schlenker nennende Appellant die Forderung des Liebmann Haas in seiner Eingabe vom 26. November 1840 in ihrem ganzen Umfang widersprach, aus dem hierauf erhobenen Berichte des Gerichtsboten Schuhmacher vom 7. Dezbr. 1840 aber nach dem Gesagten nicht mit genügender Sicherheit hervorgeht, daß Ersterer die Forderung des Liebmann Haas als richtig anerkannte, indem Schuhmacher in seiner Eingabe vom 23. November 1840 an den Bürgermeister von Windenreuthe (S. 9) blos von 2 Zustellungen an den Johann Georg Schlenker spricht, worunter ebenso gut das Liquiderkenntniß und der Vollstreckungsbefehl, als der Zahlungsbefehl und das Liquiderkenntniß verstanden sein können, da in der Zustellungsbeurkundung des Vollstreckungsbefehls die Zahl „24." (Monatstag) mit Bleistift, wäheend das Wort „November" und alle übrigen mit Dinte geschrieben sind, das Datum jenee Zustellung nicht genau ausgemittelt, und nicht erwiesen ist, daß die letzte Zustellung jünger als Schuhmachers Eingabe an den Bürgermeister ist, es folglich ungewiß ist, daß auch der Zahlungsbefehl v. 7. Aug. dem Appellanten zugestellt und die Forderung von ihm anerkannt worden sei, und daß mithin der Richter nicht befugt sein konnte, auf diesen Bericht des Gerichtsboten

hin gegen den vom Letztern als der wahre Schuldner bezeichneten J. G. Schl., ohne vorher vom Gläubiger eine genauere Bezeichnung des Schuldners zu erheben, den Vollzug des bereits erlassenen Vollstreckungsbefehls zu verfügen;

in Erwägung, daß überdieß dem fraglichen Zahlungsbefehl die im §. 721. No. 2 der Prozeßordnung vorgeschriebene Angabe des Sachverhältnisses gebricht, aus welchem die Forderung entsprungen ist, indem das Wort: Handschrift, welches lediglich dort steht, keinen Rechtstitel bezeichnet: ist wie geschehen erkannt worden, und zwar unter Verfällung des Appellanten in die Kosten beider Instanzen (§. 169 der Prozeßordnung).

Zentner.

II.

Erläuterung zum §. 102 des Forstgesetzes.

Grundherrschaft von Gemmingen-Hornberg gegen Gemeinde Neckarzimmern.

Der Gegenstand dieses Rechtsstreits war eine jährliche Entschädigungsforderung von 125 fl. für das durch den §. 36 des Forstgesetzes aufgehobene Schafweiderecht, welches der Klägerin sowohl aus dem Titel der unfürdenklichen Verjährung als aus jenem des Obereigenthums an der Gemarkung der Beklagten in deren Waldungen zugestanden haben soll.

Der Anspruch selbst stützte sich auf den §. 102 des Forstgesetzes, welcher also lautet:

„Giebt der Rechtstitel, auf welchem die Berechtigung beruht, derselben einen bestimmten größeren Umfang, als innerhalb welchem sie nach den Vorschriften der Forstpolizei im Interesse der Waldkultur künftig noch ausgeübt werden darf, so kann der Berechtigte für den Verlust, den er durch diese Beschränkung seiner Berechtigung erleidet, von dem Waldeigenthümer eine verhältnißmäßige, durch Vergleich oder von dem Richter zu bestimmende Entschädigung fordern."

Da jedoch beklagterseits nicht nur das Schafweiderecht an und für sich, sondern auch das Maaß der dafür geforderten Entschädigung bestritten worden war, so kam es in I. und II. Instanz zu Beweisverhandlungen, welche indeß für die Klägerin so ungünstig ausfielen, daß sie unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Entschädigungsforderung abgewiesen wurde.

Gleiches Schicksal traf sie in III. Instanz, indem dort unterm 10. Dez. 1841 ein bestätigendes Urtheil erging, dessen Motive von jenen der vordern Instanzen darin wesentlich abweichen, daß sie die Klage als in Rechten nicht begründet darstellen, wie folgt:

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der oben allegirte §. 102 des Forstgesetzes legt seinem Wortlaute sowohl als seinem Geiste nach dem Waldeigenthümer eine Entschädigungspflicht für die Beschränkungen, welche die bestehenden Forstberechtigungen durch das neue Forstgesetz erleiden, nur in dem Falle auf, wo der Umfang der Berechtigung durch einen Rechtstitel ausdrücklich bestimmt ist.

Was nun aber in Bezug auf die bloßen Beschränkungen dieser Berechtigungen gilt, dies gilt auch in Bezug auf den Fall, wo in Folge der neuen forstpolizeilichen Vorschriften eine Berechtigung überhaupt gar nicht mehr ausgeübt werden darf (wie dies gerade im §. 36 im Betreff der Schafweide in den Waldungen verordnet ist), da überhaupt der §. 102 des Forstgesetzes, welcher seinem Wortlaute nach eigentlich nur von den Beschränkungen spricht, die einzige Quelle ist, aus welcher analog auch für den Fall des gänzlichen Aufhörens einer Berechtigung eine Entschädigungsverbindlichkeit sich ableiten läßt. Daraus folgt also, daß auch in diesem letztern Falle die Entschädigungsverbindlichkeit an die Voraussetzung gebunden ist, daß für den bestimmten Umfang der Berechtigung ein Rechtstitel bestehe. Der Grund dieser Vorschrift beruht, wie sich dies aus den landständischen Verhandlungen über das Forstgesetz vom Jahr 1833 ergibt, darin, weil man eine eigentliche Verletzung von Privatrechten nur da annehmen und somit eine Entschädigung gewähren zu müssen glaubte, wo der Umfang der Berechtigung seine Bestimmung wirklich durch einen privatrechtlichen Titel erhalten hat, keineswegs aber da, wo es an einer solchen Bestimmung über den Umfang fehlt, und dieser sich daher einzig nur nach den jeweils bestandenen forstpolizeilichen Vorschriften richten mußte.

Offenbar ging man hiebei von dem Gesichtspunkte aus, daß, insoweit bei einer derartigen Berechtigung die Aus-

Digitized by Google

übung selbst oder der Umfang derselben bisher lediglich nur von den forstpolizeilichen Vorschriften abhing, dadurch ein privatrechtlicher Anspruch für die Fortdauer dieses Zustandes überall nicht habe begründet werden können, und daß somit auch kein zureichender Grund vorhanden sei, wegen Beeinträchtigungen oder Schmälerungen, welche in Folge neuer gesetzlicher Bestimmungen dem Berechtigten etwa erwachsen, eine Entschädigung zu statuiren.

Abgesehen davon, so muß der §. 102, da er eine Ausnahme von der gemeinrechtlichen Regel des §. 100 des Forstgesetzes enthält, wornach die Gesetze der Forstpolizei auch gegen jene wirken, welche Berechtigungen in den Waldungen Anderer anzusprechen haben, strenge ausgelegt werden. Demnach hängt also die Begründung der vorliegenden Klage lediglich davon ab, ob der klagenden Grundherrschaft für das angesprochene Schäfereirecht wirklich ein Rechtstitel zur Seite steht, welcher zugleich den Umfang der Ausübung desselben bestimmt?

Dies ist nun keineswegs der Fall. Denn was 1) das der klagenden Grundherrschaft angeblich an der ganzen Gemarkung der Gemeinde Neckarzimmern zustehende Obereigenthum betrifft, woraus das angesprochene Schäfereirecht überhaupt abgeleitet werden will, so ist dieser Klaggeund offenbar hinfällig, da, wenn man hier auch das Dasein eines zertheilten Eigenthums als richtig annehmen wollte, sowohl nach der Natur der Sache, als nach den ausdrücklichen Bestimmungen der Landrechtssätze 544 o. und 577 aa. ac. das Schafweiderecht kein Bestandtheil des Obereigenthums ist, sondern zum Nutzeigenthum gehört, und überhaupt nach den gesetzlichen Regeln über Dienstbarkeiten zu beurtheilen ist. (Vergl. Annalen der bad. Gerichte v. 1837, p. 69.) Dieser Titel reicht also schon im Allgemeinen zur Geltendmachung des Schafweiderechts an sich nicht hin, noch viel weniger aber kann sich darauf berufen werden, um damit einen bestimmten Umfang dieses Rechts darzuthun. — Anbelangend 2) die Behauptung, daß die Grundherrschaft das fragliche Schafweiderecht in den Gemeindswaldungen, wenn die Schläge das 16. Jahr erreicht gehabt, seit unfürdenklicher Zeit oder wenigstens seit dem Jahre 1779 ausgeübt und somit solches verjähret habe, so kann die Verjährung, wie sie hier geltend gemacht werden will, in Bezug auf einen bestimmten Umfang der Berechtigung (denn darum handelt es sich hier allein) nicht für einen Rechtstitel in dem Sinne angesehen werden, wie ihn der §. 102 des Forstgesetzes fordert. Insofern nämlich die fragliche Berechtigung — was deren Ausübung überhaupt oder den Umfang derselben betrifft — schon vor dem Erscheinen des neuen Forstgesetzes und vor Einführung unseres dermaligen Landrechts unter der Einwirkung der Forstpolizei standen und folglich nicht allein von der Gestattung des Waldeigenthümers abhingen, so kann die Thatsache für sich allein, daß die Klägerin das Schafweiderecht bisher in der von ihr behaupteten Weise (wenn die Schläge 16 Jahre alt waren) ausgeübt habe, in Bezug auf diesen bestimmten Umfang des Rechts als ein zur Ersitzung tauglicher Besitz darum nicht gelten, weil angenommen werden muß, daß jene frühere Uebungsweise blos die Folge der früheren Forstordnung gewesen sei, insofern aber niemals geeignet sein kann, einen bleibenden Rechtszustand zu begründen.

A. d. Gr. ꝛc.

Bayer.

III.

Ueber den Begriff eines Hofdiebstahls.

In dem Postgebäude zu Mannheim, welches ärarisches Eigenthum ist, wurden letztes Frühjahr kurz nacheinander zwei Diebstähle verübt, der eine in dem Passagiersaale und der andere in dem Büreau der Gr. Postwagen-Expedition. Das Gr. Hofgericht erkannte hierwegen die Strafe des Hofdiebstahls, welcher nach §. 89 des Strafedicts alsdann vorhanden ist, wenn Jemand aus den Gebäuden, welche dem Landesherrn zur Wohnung oder zum Staatsgebrauch dienen, etwas entwendet.

In der Recursinstanz wurde jedoch diese Ansicht für unrichtig erklärt und zwar aus folgenden Gründen:

„Da der Gesetzgeber den unmittelbar nach dem Kirchendiebstahl (§. 88) durch eine höhere Strafdrohung ausgezeichneten Hofdiebstahl als einen solchen definirt, welcher in Gebäuden verübt wird, welche dem Landesherrn zur Wohnung oder zum Staatsgebrauch dienen, so muß man diese Begriffsbestimmung nach dem Grunde des Gesetzes, welches vorzugsweise den besonders gefriedeten Ort der Verübung als erschwerendes Merkmal aufstellt (Tittmann, Strafrechtsw. §. 433 u. 458), und wel-

ches schon durch jene Benennung, nämlich durch den Beisatz „Hof“ eine unmittelbare Beziehung zu den nächsten Umgebungen des Regenten andeutet, dahin auslegen, daß nur diejenigen Gebäude, welche der Landesherr selbst zu Staatszwecken, namentlich zu seinen Functionen als Staatsoberhaupt unmittelbar benützt, unter jenen besondern Schutz gestellt werden sollen. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf alle, wenn gleich mittelbar auf Anordnung der höchsten Staatsgewalt, doch zu untergeordneten Zwecken durch die Staatsbehörden verwendeten Gebäude würde zu dem den Motiven des Gesetzgebers nicht entsprechenden Resultat führen, daß jede Entwendung aus einem etwa nur zu pecuniärem Zweck der Verwaltung dienenden Gebäude, wenn es auch sonst noch so bedeutungslos wäre, als Hofdiebstahl bezeichnet und geahndet werden müßte, was sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, welcher andernfalls bestimmter sich ausgedrückt, und die strengere Strafbestimmung, wenn ihn nur finanzielle Rücksichten geleitet hätten, auf alles Staatseigenthum ohne Beziehung auf Gebäude ausgedehnt hätte. Wäre aber auch der Ausdruck des Gesetzes unklar, so müßte jedenfalls die mildere Auslegung für die herrschende Regel gegen die einzuführende Ausnahme entscheiden.“

Diese Entscheidung scheint sich nicht sowohl auf den §. 89 des Strafedicts, als vielmehr auf den §. 346 des Entwurfs von 1839 zu stützen, wornach die Begehung eines Diebstahls in Schlössern, welche zur gewöhnlichen Residenz oder zum zeitlichen Aufenthalt des Großherzogs bestimmt sind, als Erschwerungsgrund wirkt. Der Begriff des Strafedicts, als anzuwendenden Gesetzes, ist aber weiter, indem hierin nicht gerade Schlösser, sondern überhaupt Gebäude, und zwar solche, die dem Regenten sowohl zur Wohnung als zum Staatsgebrauch dienen, zu den besonders gefriedeten Orten gezählt werden. Die Tittmann'sche Lehre, welche den Ort des Hofdiebstahls lediglich auf die jeweilige Wohnung des Regenten beschränkt und davon Canzleien, landesherrliche Kammern oder Cabinette u. s. w. ausnimmt, kann natürlich als bloße Doktrin gegen unser Gesetz, welches durch den Beisatz „oder zum Staatsgebrauch“ die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Localitäten, wie namentlich Canzleien, Büreaus u. dgl. mit als gefriedete Orte bezeichnet und sie in dieser Hinsicht der landesherrlichen Wohnung gleichstellt, nicht in Betracht kommen. Entwendungen in den zum Staatsgebrauch dienenden Localitäten wurden daher sonst immer, sowohl von den Hofgerichten als von dem Oberhofgerichte, für Hofdiebstähle gehalten. So ist namentlich, um nur ein Beispiel anzuführen, die von Nicolaus Rüfner in dem Büreau der Gr. Obereinnehmerei Mannheim verübte Entwendung einer Summe Geldes laut oberhofgerichtlichen Urtheils vom 23. Juni 1831 als Hofdiebstahl angesehen und bestraft worden.

Bayer.

IV.

Zu Nr. 41. II. der Annalen v. 1841.

Auf die in obiger Nummer enthaltene Aeußerung des Verfassers der Bemerkungen, daß das von mir in Nr. 30, S. 220 der Annalen mitgetheilte Erkenntniß über die Vergiftung des Schwiegervaters durch seinen Schwiegersohn von keinem Badischen Obergerichte ausgegangen sein könne, trage ich die Notiz nach, daß das erwähnte Urtheil im Jahr 1804 von dem Hofgericht in Rastadt, in dessen damaligem Gerichtssprengel, dem Oberamt Emmendingen, das Verbrechen begangen worden, erlassen worden ist. Eine Kritik über dieses Urtheil in seinen Nebenbestimmungen, worauf sich die Bemerkungen in Nr. 41 beziehen, habe ich absichtlich umgangen, da es mir nur darum zu thun war, a) diesen wichtigen Criminalfall als Anlaß zu benutzen, über die immer noch bestrittene Frage: ob auf Indizienbeweis das Schuldig ausgesprochen werden dürfe? meine Ansicht darzulegen, und b) zugleich durch Zusammenstellung und Beleuchtung aller in den Untersuchungsacten vorgefundenen Beweismomente mein Privaturtheil dahin auszusprechen, daß der Angeschuldigte des Mordversuchs durch Vergiftung vollständig überwiesen.

Donsbach.

Hauptredacteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe den 4. Juni 1842.

I.

Ueber die Auslegung und Anwendung der §§. 379 und 451 der Prozeßordnung.

In Sachen Heez Günzburger von Iheingen Klägers gegen Altvogt Mörch in Opfingen, Forderung beteeffend, hat das Landamt Freiburg mit Vorausfendung der Entfcheidungsgründe folgendes Zwifchenurtheil erlaffen:

„In Erwägung, daß, wenn auch die Sachverftändigen fich in iheem Gutachten vom 19. Juni 1841 nicht wörtlich dahin ausgefprochen haben, daß die Urkunden vom 12. Oktober 1837 und 11. Mai 1838 von der Hand des Produkten unterfchrieben find, dieß jedoch unzweifelhaft aus dem Sinn und Faffung hervoegeht und die Abficht der Experten war."

In Erwägung, daß in diefem Fall nach §. 451 der Beweisführer zum Erfüllungseid zugelaffen werden muß, wenn fich dee Fall in Bezug auf ihn zum Wahrheitseid eignet, daß letzteres hier dee Fall ift, da, wie in der Beweisausführung behauptet wied, dee Klägee bei der Unterzeichnung dee Uekunden gegeuwärtig wae, wied zu Recht erkannt;

würde der Klägee in einer anzuberaumenden Tagfahrt den Erfüllungseid dahin ausfchwören:

„es ift wahr, daß die Schuldfcheine vom 12. Okt. 1837 und 11. Mai 1838 von der Hand des Altvogt Johann Möech unterfcheieben find, fo werden diefe Urkunden füe ächt, würde er abee diefen Eid nicht ausfchwören, fo wüeden folche für unächt erklärt werden. V. R. W."

Gegen diefes Zwifchenurtheil hat Beklagter das Rechtsmittel der Appellation eingewendet und ausgefüet, und auf mündliche in öffentlicher Sitzung gepflogene Verhandlung hat der Gerichtshof (1. Senat) zugleich zwei Erkenntniffe gegeben, welche hier mit den Entfcheidungsgeünden folgen:

Erkenntniß (auf die Appellation).

In Sachen ꝛc. fei die Appellation als unzuläffig zu verwerfen und das Rechtsmittel nur als einfache Befchweedefüehrung zu behandeln. V. R. W.

Entfcheidungsgründe.

Der angefochtene richterliche Ausfpeuch ift ein „Zwifchenurtheil, welches in der Sache felbft nicht entfcheidet, fondern blos auf den richterlich auferlegten Eefüllungseid die Aechtheit dee zum Beweife gebeauchten Uekunden bedingt. Dieſes Zwifchenurtheil fällt dahee in die Klaffe der peozeßleitenden Verfügungen, wogegen nach §. 390 nue in Veebindung mit dee Hauptfache appellirt werden kann, und bei welcher felbft in den Ausnahmsfällen veemöge Prozeßnovelle zu §. 391 niemals das Rechtsmittel dee Appellation, fondern nur die einfache Befchwerdefüehrung zuläffig ift."

Erkenntniß (auf die Befchwerdefüehrung).

„In Erwägung, daß nach Prozeßordnungs-Novelle Art. 3 gegen prozeßleitende Verfügungen die Befchwerdefüehrung fogleich zuläßig ift, wenn die Paetei die Gefahr befcheinigt, daß ihe dadurch ein Nachtheil zugehen würde, welcher bei dee Appellation gegen das Endurtheil nicht mehe gehoben werden kann;

in Erwägung, daß ein folcher Fall hier vorliegt, indem nach Abfchwöeung des Eides durch den Klägee, weil damit im Veehältniß zum Gegentheil dee Beweis vollkommen heegeftellt wird (Peozeßoednung §. 603), die andere Partei über denfelben Punkt nicht mehr zue Ausfchwörung des Eegänzungseides zugelaffen werden könnte;

Digitized by Google

in Erwägung, daß die Begutachtung der Sachverständigen mangelhaft erscheint, indem ihr ein bestimmter Ausspruch darüber fehlt, ob die Unterschrift als ächt anzusehen sei oder nicht;

in Erwägung, daß ohne diese Vervollständigung die Auflage des Erfüllungseides, welche übrigens zur Verhütung besonderer Beschwerden am geeignetsten im Endurtheile geschehen möchte, noch nicht statthaft erscheint.

Aus diesen Gründen wird unter Aufhebung des amtlichen Zwischenurtheils vom 2. Juli v. J. verfügt:

Das Amt habe zuerst noch die bemerkte Vervollständigung der Begutachtung der Sachverständigen zu bewirken; den Parteien wird aber überlassen, ihre Gründe über den von jedem Theile angesprochenen Eidesvorzug vor dem Unterrichter vorzutragen. „Dessen zur Urkunde ꝛc."

Bemerkung des Einsenders.

Gegen die Zweckmäßigkeit und materielle Begründung der hofgerichtlichen Verfügung in dieser Sache wird sich nichts Erhebliches sagen lassen, wohl aber dürfte die Form manchem Zweifel unterliegen, und es sind die Meinungen der Votanten sowohl in Ansehung der Statthaftigkeit der Appellation als auch der Beschwerdeführung getheilt. Geht man von der Ansicht der Majorität aus, daß das unterrichterliche Zwischenurtheil nur eine prozeßleitende Verfügung sei, die keine Rechtskraft beschreitet, so findet freilich nach der Bestimmung der Prozeßordnung insbesondere nach der Novelle keine Appellation dagegen statt, sondern es ist in dem Falle unabwendbaren Schadens eine Beschwerdeführung querela simplex zulässig. Letztere ist hier nicht ergriffen, sondern die Appellation eingeführt worden.

Die Majorität hat aber unterstellt, daß das plus auch das minus in sich enthalte, daß nun einmal Appellant gegen das unterrichtliche Erkenntniß Beschwerde geführt habe, und daß solche begründet sei. Wenn nun derselben nicht im Wege der Appellation, weil diese nicht statthaft, abgeholfen werden könne, so entspreche es doch gewiß dem Willen des Appellanten, wenn er auch nicht ausdrücklich darum nachgesucht, daß seine Beschwerde als einfache Beschwerdeführung erledigt werde.

Allein mich dünkt, daß ein Zwischenurtheil, welches auf einen Haupt- oder Notheid erkennt, nicht in die Kathegorie von bloßen prozeßleitenden Verfügungen gerechnet werden kann. Es ist ein bedingtes Endurtheil (interlocutio mixta — definitivam in ventre habens). Ist der Eid geleistet, so ist die Bedingung erfüllt, es muß nun das unbedingte Erkenntniß erfolgen, was man gewöhnlich so ausdrückt: es wird nunmehr das Zwischenurtheil des Inhalts ꝛc. purificirt. Ein solches Zwischen- oder bedingtes Endurtheil ist der Rechtskraft empfänglich, daher die Appellation dagegen, eben so wie gegen ein unbedingtes Urtheil statthaft.

Diese Sätze sind nach dem gemeinen Rechte so wie nach unserer Prozeßordnung nicht zu bestreiten; aber es wird dem vorliegenden unterrichterlichen Zwischenurtheile die Eigenschaft eines bedingten Endurtheils bestritten, weil solches nicht die Entscheidung der Hauptsache, oder das Haupterkenntniß, sondern nur die Folge der Leistung oder Verweigerung des Eides dahin ausspricht, daß die Urkunden für ächt oder unächt erklärt werden; wenn man jedoch erwägt, daß von dem auferlegten Haupt- oder Notheid die Entscheidung der Hauptsache abhängig ist, daß es daher nicht mehr in dem Ermessen des Richters steht, gegen denjenigen das Endurtheil zu geben, welcher den ihm aufgetragenen Eid geleistet hat, so kann man dem Erkenntnisse auf den Eid die Eigenschaft eines der Rechtskraft empfänglichen Urtheils auch dann nicht absprechen, wenn es aus irgend einem Fehler oder Versehen die Folgen des Eides — nämlich das Haupterkenntniß nicht zugleich enthält; denn nicht umsonst wird der Haupteid litis decisorium und der Erfüllungs- oder Reinigungseid Notheid genannt. Eine Partie einen dergleichen Eide schwören lassen, und dann doch, ohne daß die Sache durch ein Restitutionsmittel eine andere Wendung bekäme, die Sache gegen diese Partie entscheiden, würde nicht nur als eine Nullität, sondern als ein vom Richter begangener Unsinn mit Recht angesehen werden.

Die Veranlassung zu dem vorliegenden mangelhaften Zwischenurtheil gab allerdings die fehlerhafte Fassung des §. 451 der Prozeßordnung, dessen wörtlichen Inhalt der Unterrichter angewendet hat. Fehlerhaft ist dieser §. in doppelter Hinsicht und zwar erstens, weil, wie obgedacht, das Erkenntniß auf den Eid auch die bedingte Entscheidung des Streits selbst aussprechen solle, zum andern, weil die im §. durch den Eid bedingte Folge: „die Urkunde werde für ächt oder unächt erklärt", kein Urtheil, sondern nur ein Entscheidungsgrund ist.

Es wird nämlich durch die Leistung des Eides der unvollständige Beweis der Aechtheit der Urkunden ergänzt, so wie durch die Verweigerung des Eides der bereits vorhandene unvollständige Beweis vernichtet und die Urkunde kraftlos wird; da nur dem Richter der Beweis zu machen ist und dieser nach dem Ergebnisse der Beweisführung die streitige Sache zu entscheiden hat, so versteht sich schon von selbst, daß er nicht über das Resultat der Beweisführung, sondern über die Sache selbst zu erkennen und dieses Erkenntniß aus dem Ergebnisse der Beweisführung, insoweit es darauf ankommt, zu begründen hat.

Es scheint auch der mehrgedachte §. 451 der Prozeßordnung mit §. 379 im Titel von „Urtheilen" nicht im Einklang zu stehen.

Letzterer sagt: „wenn auf Leistung eines Eides erkannt wird, muß zugleich ausgesprochen werden, was im Falle des Leistens sowohl als des Nichtleistens die Folge sein soll. Andere Zwischenurtheile sprechen nur die Auflage aus, welche eine Partie zu erfüllen hat, ohne zugleich jetzt schon auch die Folgen der Erfüllung oder Nichterfüllung auszudrücken."

Bei dieser Unterscheidung der Zwischenurtheile in Erkenntnisse auf Eid und Auflagen ohne Eid hat der Gesetzgeber ohne Zweifel den Unterschied zwischen interlocutum *mixtum* und interl. *merum* vor Augen gehabt, welch ersteres als ein bedingtes Endurtheil der Rechtskraft fähig, daher appellabel ist. Dieß bestätigt meine oben dargelegte Meinung, daß hier ein interl. mixtum vorliege.

Bestimmter lautet noch §. 597 im Titel vom Haupteide, worin ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß das Urtheil auf den Eid „das bedingte Haupterkenntniß enthalten muß". Was nun von den Folgen des Haupteids gilt, muß auch von jenen des Notheids gelten — ubi par ratio, ibi eadem legis dispositio. Eine bestimmte und vollständigere Fassung der citirten §§. 379 und 451 wäre daher wünschenswerth. Donsbach.

Anmerkung der Redaktion.

Schon in den Annalen von 1840. Nr. 7 ist ein Aufsatz, der die hier bestrittene Frage berührt. Ich habe dort auf S. 7 meine Ansicht darüber beigefügt, und bemerke dazu Folgendes:

Das Erkenntniß auf den Notheid über die Aechtheit der Urkunde hätte erst am Schlusse der ganzen Verhandlung in das Urtheil in der Hauptsache aufgenommen werden sollen, so daß an die Eidesleistung oder Nichtleistung nicht blos die Folge der Aechtheits- oder Unächtheitserklärung nach §. 451, sondern nach der allgemeinen Vorschrift des §. 379 (sowie des §. 597 in Verbindung mit §. 652) auch die daraus hervorgehende mittelbare Folge in der Hauptsache hätte geknüpft werden können.

Aus einer Trennung des im §. 451 bezeichneten Aechtheitserkenntnisses von dem Endurtheil in der Hauptsache ergibt sich der Nachtheil, daß

1) wenn man gegen jenes Aechtheitserkenntniß eine selbstständige Appellation zuläßt, das Verfahren in der Hauptsache bis zur Erledigung jenes Zwischenpunkts durch alle 3 Instanzen aufgehalten, also außerordentlich verzögert wird, daß aber

2) wenn man gegen das Aechtheitserkenntniß keine selbstständige Appellation zuläßt, und nach Maßgabe desselben einstweilen den Eid abnimmt, der Oberrichter, welchee bei der Beschwerde gegen das Endurtheil findet, es hätte der Eid übee die Aechtheit der Urkunde dem andern Theil auferlegt werden sollen, denselben nun diesem Leztern auferlegt, wodurch sich zwei widersprechende Eide übee die nämliche Thatsache gegenüber gestellt werden, was offenbar durchaus unstatthaft ist.

Es verhält sich mit dem Eideserkenntniß über die Aechtheit der Urkunde wie mit dem Eid über jede andere für die Entscheidung in der Hauptsache erhebliche Thatsache. Wenn z. B. über den Klaggrund ein theilweiser Beweis geliefert ist, so daß darüber ein Notheid auferlegt werden muß, so wird man, wenn die vielleicht weitläufigen Beweisverhandlungen über die vorgeschützten Einreden noch nicht zu Ende sind, nicht einstweilen über den Klaggrund erkennen und sagen: wenn der Kläger den thatsächlichen Klaggrund beschwört, so wird derselbe als wahr, andernfalls als unwahr angenommen. Man wird vielmehr zuwarten, bis auch die Verhandlungen hinsichtlich der Einreden geschlossen sind, und dann wird man, sofern die Thatsache der Klage noch erheblich ist, auf den Eid über dieselbe erkennen, und die Folgen, welche die Leistung

Digitized by Google

oder Nichtleistung desselben in der Hauptsache hat, mit in das Erkenntniß aufnehmen. In gleicher Weise hat es mit dem Eid über die Aechtheit der Urkunde, so wie über irgend eine andere entscheidende Thatsache zu geschehen.

Es kann auch geschehen, daß es bei dem Endurtheil auf die Aechtheit einer Urkunde, über welche bereits das Aechtheitsverfahren statt hatte, gar nicht mehr ankommt, weil sich die Urkunde z. B. auf eine Einrede bezieht, während die Klage selbst im Verlaufe der weiteren Verhandlungen ganz unerwiesen geblieben ist, oder weil sie sich auf den Klaggrund bezieht, während die (wenn auch erwiesene) Klage jedenfalls durch Einreden elidirt ist. In solchen Fällen wäre nun, wenn das Verfahren über die Aechtheit früher als das andere Verfahren zu Ende ging, und man deßhalb den im Aechtheitserkenntniß auferlegten Eid abgenommen hätte, ganz unnöthigerweise ein Eid geschworen worden, und man hätte, wenn gegen das Aechtheitserkenntniß eine selbstständige Appellation und OAppellation zugelassen worden wäre, sich vorerst durch 3 Instanzen um des Kaisers Bart gestritten, um nun erst in der Hauptsache wieder weiter zu verhandeln und bei deren Aburtheilung in 1. Instanz auf die bereits durch 3. Instanzen entschiedene (und vom Produzenten vielleicht dann noch beschworne) Aechtheit der Urkunde gar keine Rücksicht zu nehmen.

Ist nun aber dem §. 379 und dem §. 597 in Verbindung mit §. 652 zuwider das Eideserkenntniß über die Aechtheit der Urkunde von dem Urtheil in der Hauptsache vom Unterrichter gleichwohl getrennt, so fragt es sich noch, ob und welches Rechtsmittel zur Beseitigung dieser Ungesetzlichkeit statt fände? In materieller Hinsicht, nämlich darüber, ob und welcher Partei hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde der Eid überhaupt auferlegt werden soll, findet weder eine Appellation noch eine einfache Beschwerdeführung statt.

Die Appellation findet nicht statt, weil ein Erkenntniß über die Aechtheit einer Urkunde, welches in der Hauptsache selbst nichts entscheidet, kein Endurtheil ist, und der §. 390 der Prozeßordnung alle richterlichen Beschlüsse, die keine Endurtheile enthalten, nur als prozeßleitende Verfügungen bezeichnet, gegen welche keine selbstständige Appellation statt findet.

Die Beschwerdeführung gegen solche Verfügungen findet aber nach §. 391 nur insofern statt, als sonst einer Partei ein später nicht mehr zu beseitigender Nachtheil zuginge. Ein solcher Nachtheil trifft nun aber die Partei nicht, wenn auch dem Gegner der Eid hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde auferlegt wird. Sie mag sich mit der Appellation gegen das Endurtheil hierüber beschweren und bewirken, daß der Oberrichter ihr selbst statt dem Gegner den Eid auferlegt. Nach §. 390, 392 und 1168 findet diese Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil noch statt, der Oberrichter muß also die Eidesauflage auch noch ändern dürfen, wenn gleich der Eid dem Theil, dem der Unterrichter ihn auferlegte, schon abgenommen wurde. Aber eben in diesem durchaus verwerflichen Resultate, wornach von beiden Parteien einander gegenüber Eide abgenommen werden könnten, liegt mit ein Hauptgrund gegen die Zulässigkeit einer Trennung des Aechtheitserkenntnisses vom Endurtheile in der Hauptsache. Es ist übrigens jenes Resultat selbst dem öffentlichen Interesse zuwider und gegen die Vorschrift, keine unnöthigen Eide abzunehmen. In dieser Beziehung mag man nun einen später nicht mehr gut zu machenden Nachtheil darin finden, daß überhaupt nach einer bloßen prozeßleitenden Verfügung ein Eid abgenommen werden soll, ehe es durch das Endurtheil gewiß wird, ob und welchen Erfolg die Eidesleistung oder Verweigerung auf die Rechte der Parteien haben wird, — und demnach wird man in analoger Anwendung des §. 391 die Beschwerdeführung zulassen, jedoch nur gegen die Form des Verfahrens, nämlich dagegen, daß vor dem Endurtheil überhaupt schon ein Eid geschworen werden soll, nicht aber materiell gegen die Entscheidung, wer ihn schwören soll. Das Petitum der Beschwerde kann daher nur dahin gehen, daß das vom Endurtheil in der Hauptsache getrennte Eideserkenntniß hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde als gesetzlich unstatthaft aufgehoben werde.

D. Red.

II.

In wie weit ist der Criminalrichter beim Erkenntniß über den abnormen Seelenzustand eines Angeschuldigten an das Gutachten der Gerichtsärzte gebunden?

(Vergl. Jahrbücher N. F. VI. Jahrg. S. 270 ff.)

In einem jüngsthin bei Großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreises zur Aburtheilung gekommenen Criminal-

falle wurden von dem Referenten die beiden Fragen aufgeworfen:

1) Iſt Inquiſit im Allgemeinen zurechnungsfähig?

2. Iſt dieſe Zurechnungsfähigkeit im Momente der That durch Affect und Trunkenheit — dieſe entweder für ſich allein oder in Verbindung mit ſeiner ſonſtigen geiſtigen Beſchaffenheit betrachtet — aufgehoben geweſen?

Wir entlehnen aus ſeinem Gutachten nachſtehende Vorbemerkung:

„Ehe ich jedoch zur Beantwortung dieſer Fragen übergehe, muß ich daran erinnern, daß das Großherzogl. Oberhofgericht in Unterſuchungsſachen gegen Gg. Bühler von Philippsburg wegen Tödtung ſeiner Kinder, in pleno die Anſicht ausgeſprochen und in den Entſcheidungsgründen niedergelegt hat: es ſeien die Gerichte ſchlechthin incompetent, den Seelenzuſtand eines Verbrechers zu unterſuchen, dieſes ſtehe vielmehr nur allein den Aerzten zu, und der Richter habe ſich unbedingt und allgemein ihrem Ausſpruch zu fügen, ſofern dieſer anders ſich auf aktenmäßig erwieſene Thatſachen ſtütze." †)

Wäre dieſe Anſicht richtig, ſo könnte und dürfte ſich unſere Deliberation nur allein auf die Frage eeſtrecken: iſt uns der Ausſpruch des Phyſikats, daß Inquiſit geſund ſei — und der weitere Ausſpruch des Großherzogl. Medicinalreferenten, daß er den Inquiſiten für zurechnungsfähig halte, ††) genügend, oder wollen wir noch ein weiteres Gutachten über dieſen Punkt einholen, ehe wir ein Urtheil fällen?

Wir wären alſo der Schwierigkeit, ſelbſtſtändig den Seelenzuſtand des Inquiſiten zu prüfen, überhoben und könnten unſer Urtheil bequem an den Ausſpruch der Aerzte anlehnen.

Bekanntlich haben ſich Juriſten und Gerichtsärzte von jeher über die Gränzen ihrer Competenz und ihrer Autorität in dieſem Felde geſtritten. Jedermann erkennt die unbedingte ärztliche Autorität zwar da an, wo die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht etwa aus dem ganzen äußerlichen Thun und Laſſen eines Menſchen, ſondern aus körperlich-krankhaften Zuſtänden zu beantworten iſt †††);

---

†) Wenn übrigens der Verfaſſer in den Jahrbüchern l. c. S. 303 und 304 dem Criminalrichter das Recht zugeſteht, ein ärztliches Gutachten, welches die Gränzen der techniſchen Beurtheilung überſchreitet, je nach dem Gewichte der Mängel mehr oder weniger unbeachtet zu laſſen, ſo gewinnt es doch beinahe den Anſchein, daß der Richter dem Ausſpruch der Aerzte nicht blindlings nachgehen muß, weil er ja unterſuchen darf, ob der Techniker auch wirklich beim Leiſte geblieben iſt? Dazu gehört aber wieder techniſche Kenntniß, die man dem Richter vorweg abſpricht und ſo mit ſich ſelbſt in Widerſpruch geräth. D. E.

††) Die Unhaltbarkeit jener Theorie erprobt ſich am beſten, wenn man fragt: ob denn das Gericht einen überwieſenen Inquiſiten, welchen die Legalärzte entſchieden für zurechnungsfähig erklären, ſtrafen muß, obwohl es von deſſen Zurechnungsloſigkeit vollkommen überzeugt iſt? Schwerlich wird ſich Jemand finden, der dieſe Frage bejahen möchte. D. E.

†††) Darauf beſchränke auch ich die Competenz der Aerzte, ein arg. der Verordn. v. 1. April 1824 dem Richter bindendes Gutachten zu geben. Die Lehre von den Seelenkrankheiten iſt keine eigene Technik, die nur als ein Zweig der Arzneiwiſſenſchaft den Aerzten angehörte. Nur inſoweit die Seelenkrankheiten mit den das Gebiet der Arzneiwiſſenſchaften begränzenden köperlichen Zuſtänden zuſammenhängen, und aus dieſen köperlichen Zuſtänden geſchloſſen werden, kann man die Aerzte als die Techniker betrachten. Soweit aber die Aerzte nicht auf Gründe der Arzneiwiſſenſchaft, ſondern auf Gründe der allgemeinen Seelenlehre ihre Ausſprüche bauen, können ſie nicht gegenüber den Juriſten als die Techniker auftreten, denn die allgemeine Seelenlehre kann der Rechtsgelehrte eben ſo gut kennen, als der Arzt, und wenn diejenigen, welche eigene pſychiateiſche Studien machten, und ſich (in den Irrenanſtalten ꝛc.) berufsmäßig mit den Seelenkrankheiten beſchäftigten, immer zugleich Aerzte ſind, weil viele Seelenkrankheiten mit den in das Gebiet der Letztern fallenden köpeelichen Zuſtänden zuſammenhängen, ſo kann man doch nicht ſagen, daß auch umgekehrt jeder Arzt berufsmäßig ein Kenner der Seelenkrankheiten ſei.

Uebrigens hat auch das beim Oberhofgericht erſtattete Gutachten, von welchem in obigem Aufſatze die Rede iſt, und welches im 6. Bande der Jahrbüchee S. 297—310 abgedruckt iſt, keineswegs, wie oben behauptet wird, den Satz aufgeſtellt, daß der Richter über alle Seelenkrankheiten unbedingt und allgemein ſich dem Urtheile der Aerzte zu unterwerfen habe, ſondern nue in ſoweit, als es wirklich techniſcher Natne ſei, nämlich auf Geünden der den Aerzten eigenthümlichen Wiſſenſchaft beruhr. Auf S. 303 iſt dort geſagt:

> „Das läßt ſich behaupten, daß nicht alle Prämiſſen und Folgerungen, aus welchen ein ſolches Gutachten zuſammengeſetzt iſt, nothwendig techniſcher Natur ſind, vielmehr wird es häufig dabei auf Thatſachen ankommen, welche gar nicht auf artiſtiſchem, ſondern auf gewöhnlichem Wege erforſcht ſind; der Legalarzt kann auch Rechtsſätze oder methaphyſiſche Theorien ſeinen Folgerungen unterlegen, und die Folgerungen ſelbſt können ihrem Inhalte nach gar nicht ärztlich techniſcher Natur ſein, ſo wie ſie ohnehin der logiſchen Gültigkeit nach nicht zue ärztlichen Technik gehören."

allein in der Allgemeinheit, in welcher der höchste Gerichtshof sich der Meinung der Aerzte unterwerfen will, haben sogar die Gerichtsärzte selbst nicht einstimmig sich das alleinige Urtheil angemaßt, und wenn gleichwohl in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1840, 2. Heft, S. 299 diejenige Meinung, welche die ärztliche Competenz nur in einem beschränkteren Umfang anerkennt, mit dürren Worten für eine abenteuerliche Anmaßung und für eine Quelle des Justizmordes erklärt — wenn ferner dem großen Psychologen und in dieser Hinsicht anders denkenden Feuerbach der Vorwurf der Herzensverhärtung gemacht wird, weil er so wie seine Zeitgenossen sich nicht blindlings und unbedingt ergeben wollten, so kann mich doch diese schwere Verdammung zu keiner anderen Ansicht bewegen, als diejenige ist, welche ich schon früher ausgesprochen habe †), mag nun in jenem versönenden Ausspruche selbst oder in der Nichtanerkennung eine größere Keckheit liegen.

„Noch kein Mensch hat dem Richter die Competenz bestritten, in den Fällen, wo es sich fragt, ob dem Thäter seine That in höherem oder geringerem Grade als Verbrechen anzurechnen sei? ob der Seelenzustand des Thäters aus irgend einem Grunde mehr oder weniger getrübt war? selbstständig und ohne Concurrenz der Gerichtsärzte sein Urtheil zu fällen. Es wird dem Richter hierin ein weites Feld zugestanden, und die Kenntnisse, welche den Richter in dieser Beurtheilung leiten müssen, sind offenbar keine anderen, als Kenntnisse der menschlichen Seele, der Ursachen ihrer Freiheitsstörungen und der Wirkungen davon auf die menschliche Thätigkeit. Warum soll nun der Ausspruch, daß ein Individuum gar nicht zurechnungsfähig sei, gerade nur deßhalb, weil er die äußerste Grenze desjenigen Feldes berührt, welches sonst ganz der richterlichen Thätigkeit überlassen ist, diese Thätigkeit auf einmal entzogen und der Richter für einen unwissenden Laien erklärt werden, in Kenntnissen der menschlichen Seele, die er doch sonst tagtäglich ohne alle Anfechtung seines Wissens anzuwenden hat?"

Die menschlichen Zustände, welche die Imputation mindern und daher vom Richter allein zu beurtheilen sind, erreichen gar häufig einen Grad, welcher die Zurechnungsfähigkeit ganz ausschließt; warum soll nun der Richter, dem man die Kenntniß zutraut, einen und denselben Einfluß auf die menschliche Seele zu beurtheilen, so lange er nur nicht den höchsten Grad erreicht hat, plötzlich als unwissend angesehen werden, wenn es sich fragt, ob jener Einfluß eine wirkliche, wenn auch nur momentane, Seelenstörung verursacht habe? Einer solchen Lehre ††) fehlt offenbar alle Consequenz.

„Nur sofern die Gründe für das Dasein oder Nichtdasein der Imputationsfähigkeit in einem Gebiete des Wissens zu suchen sind, welches über die von dem Richter täglich anzuwendenden Grundsätze der Psychologie hinausschreitet, und anderweite, dem Richter fremde Kenntnisse voraussetzt, ist er dem ärztlichen Gutachten unterworfen, also namentlich dann, wenn es sich um den Einfluß somatischer Leiden handelt †††). Wenn Friedreich, der

---

„In allen diesen Beziehungen nun muß natürlich dem Richter ein unbedingtes Recht der Prüfung des ärztlichen Gutachtens zustehen. Wenn der Legalarzt Thatsachen, deren Kenntniß nicht auf seiner eigenen technischen Wahrnehmung beruht, aktenwidrig aufgefaßt, wenn er seinem Urtheile unhaltbare methaphysische Theorien zu Grund gelegt, oder Rechtssätze falsch verstanden, wenn er mit Ueberschreitung seines Gewaltkreises falsche juristische Folgerungen oder logisch unhaltbare Schlüsse gezogen hat, so muß der Richter die Gewalt haben, entweder solche Uebelstände zu beseitigen, oder aber ein so beschaffenes Gutachten je nach dem Gewichte der Mängel mehr oder weniger unbeachtet zu lassen."

„Hinsichtlich der Theile des Gutachtens aber, welche rein technischer Natur sind, also hinsichtlich der Thatsachen, welche nur durch die technische Auffassung des Arztes in Gewißheit gesetzt sind, hinsichtlich der allgemeinen medizinisch-psychologischen Grundsätze, unter welche der Arzt jene oder sonst erhobene Thatsachen subsummirt, gebührt schlechthin dem Arzt der Vorzug vor dem Juristen; es ist somit das ärztliche Gutachten in diesen Beziehungen (d. h. durchaus, in soweit es blos technisches Gutachten ist) bindend für den Richter, und einer Prüfung desselben nicht unterworfen." D. Red.

†) Der Vortragserstatter war nämlich auch Referent in der Bühlerschen Untersuchungssache. D. E.

††) Man könnte sie füglich die Bequemlichkeits-Theorie nennen, weil sie dem Richter mit der Beantwortung der alterschwierigsten Frage in der criminalrechtlichen Praxis verschont. D. E.

†††) Doch selbst in diesem Falle sind die Aerzte immer nur Experten, welche über die vom Richter gestellten Fragen ein Gutachten zu erstatten, aber keine Entscheidung zu geben haben. D. E.

eifrigſte Vindicant der unbedingten ärztlichen Autorität und der Verfechter der oberhofgerichtlichen Anſicht, als Reſultat ſeiner Deduction den Satz ausſpricht: „daß den Aerzten einzig und allein das Recht zuſtehe, über zweifelhafte pſychiſche Zuſtände zu erkennen (gerichtliche Pſychologie p. 216), ſo ſetzt nach eben dieſem Ausſpruche die ärztliche Competenz voraus, daß Zweifel obwalten, und wer iſt es, auf deſſen Zweifel es hier ankommt? Doch gewiß Niemand ſonſt als der Richter, der durch kein Geſetz angewieſen iſt, in allen Fällen und vor allen Dingen den Arzt über die Imputationsfähigkeit zu hören, ehe ein Urtheil gefällt wird, und dies müßte doch augenſcheinlich der Fall ſein, wenn man davon ausginge, daß der Richter zu dieſer Prüfung ſchlechthin unfähig und folgeweiſe im Stande wäre, einen Verbrecher ohne allen Zweifel für zurechnungsfähig zu halten, nnd darum zu verurtheilen, während derſelbe in einer Seelenſtörung gehandelt hat. Einer weiteren Ausführung dieſer Streitfrage will ich mich übrigens um ſo mehr enthalten, als ich nachzuweiſen vermag, daß ſelbſt nach der Anſicht der Gerichtsärzte gerade diejenigen Zuſtände, welche hier in Frage ſind, der alleinigen Beurtheilung des Richters unterworfen bleiben müſſen."

„Nur die Bemerkung will ich noch beifügen, daß das Oberhofgericht in demſelben Hefte der Jahrbücher einen Criminalfall mittheilt †), in welchem die Zurechnungsfähigkeit des Thäters ſehr bekämpft, die Einwürfe aber vom Oberhofgerichte ohne alle ärztliche Concurrenz beſeitigt worden ſind."

Das hofgerichtliche Plenum beſchloß hierauf einſtimmig, die Einholung eines Oberermeſſens der Großherzogl. Sanitätscommiſſion zu umgehen, erkannte den Inquiſiten auf den Grund der weiteren, uns hier nicht intereſſirenden Ausführung des Referenten für zurechnungsfähig und erließ in der Hauptſache ſelbſt ein verdammendes Urtheil.

Bayer.

III.

Curiosa.

1. In der Nacht vom 26. Juli 1841 erhielt ein lediger Burſche mehrere Stichwunden, welche ſeinen alsbaldigen Tod zur Folge hatten. Den andern Morgen wurde am Thatplatz ein Taſchen- oder Schnappmeſſer mit offener Klinge gefunden, woran mehrere Wunden ſichtbar waren. Die ganze Länge dieſes Meſſers beträgt ½ Elle und jene der Klinge 3½ Zoll. Der Rücken der Klinge iſt unten an der Zulege-Feder zwei, und oben gegen die Spitze zu eine Linie ſtark. Sowohl die Spitze als die Schneide bis zur Mitte hin iſt ſehr ſcharf.

Der Angeſchuldigte erkannte dieſes Werkzeug auf Vorzeigen als dasjenige an, womit er im Gedränge einen ihm unbekannten Gegner geſtochen habe. Bei der Legalinſpektion zeigten ſich auf der vorderen und linken Seite der Bruſt zwiſchen der 6. und 7. waheen Rippe 3 Stichwunden, deren jede ½ Zoll lang und 2 Linien breit war. Auf der linken äuſſern Seite der Bruſt fand ſich eine vierte Stichwunde, ebenfalls ½ Zoll lang und 3 Linien breit. Die Rändee ſämmtlicher Wunden waren ſcharf und ihre Enden gleich ſpitz. Die Unterſuchung dieſer Wunden mittelſt der Sonde lieferte hinſichtlich ihrer Tiefe kein ſicheres Reſultat; gleichwohl glaubte man als zweifellos annehmen zu düefen, daß wenigſtens eine die Bruſtwandungen durchdrungen habe. Bei der Seetion eegab ſich indeſſen, daß die zuletzt erwähnte nicht in die Bruſthöhle eingedrungen iſt, wie es hinſichtlich der 3 übrigen der Fall war, wovon die eine das Herz und eine andere die linke Lunge verletzt hatte.

Ueber das Veehältniß des gedachten Meſſers und der Wunden wuede am 28. Juli ein beſonderes Protokoll aufgenommen, folgenden Inhalts:

„Die Länge der Beuſtwunden beteägt bei einer wie bei der andern 4 Linien. Die Breite des Meſſees hinter der Spitze welche in ihrer Länge bis zur größten Beeite 8 Linien beteägt, iſt 5 ſtarke Linien. Hieraus geht das Mißverhältniß des Werkzeugs zur Länge der Wunden ſchon an und für ſich heevor. Dieſes fand ſich beſtätigt durch Application des Meſſers auf die Wunden bei der Section. Ferner ſind die Wundeänder des verletzten Bruſttheiles, vorzüglich aber die Enden ſehr und gleichmäßig ſcharf. Hieraus geht hervor, daß dieſe Wunden mit einem zweiſchneidigen ganz ſcharfen und feinen Inſtrumente verurſacht ſind, indem jedes andere, das einen Rücken hat, eine Wunde hervorbringt, welche an dem Ende, an dem der Rücken eindrang, beeit nnd etwas gequetſcht iſt, und eine Höhle zurückläßt, in welche der Rücken des Inſtruments bei der Einführung paßt. Vorzüglich deutlich

†) Ohne Zweifel der S. 217—255 erzählte Fall. D. E.

ging dies aus der Herzwunde hervor, deren Ränder so dicht auf einander lagen, daß man einige Zeit suchen mußte, bis man diese Wunde entdeckte.

Um sich zu überzeugen, welche Wunde das aufgefundene Messer in einem mit Haut überzogenen fleischigen Körper zurücklassen würde, begab man sich zu Metzger N. N., ließ sich dort ein solches Stück Fleisch vorlegen, und führte dort ein zweischneidiges feingearbeitetes Messer, so wie das aufgefundene in das Fleisch. Die Wundenden des Stiches mit dem zweischneidigen Messer waren scharf; die des aufgefundenen Messers, welches einen fast eine Linie breiten Rücken hat, ließ sichtbar an der Stelle, wo der Rücken eindrang, eine Breite erkennen.

Aus diesen auf obige Wahrnehmungen gebauten Gründen geht hervor, daß das aufgefundene Messer nicht dasjenige sein kann, mit welchem die Brust- und Herzwunden beigebracht wurden, sondern, daß solches ein zweischneidiges dünnes Werkzeug gewesen sein müsse. —

Aus dem Endgutachten der Gerichtsärzte erfährt man, daß der in vorstehendem Protokoll erwähnte Versuch an einem mit Haut bedeckten Bauchstücke eines Schweins gemacht worden ist. Zugleich bemerkte der Physikus, daß er sich in der Länge der Brustwunden, welche er in dem Protokoll vom 28. Juli bei sämmtlichen zu 4 Linien angenommen, geirrt und deßhalb ein großes Gewicht darauf gelegt habe, daß das aufgefundene Messer 5 Linien breit sei. Falle nun auch der aus dieser irrigen Unterstellung für den früheren Ausspruch abgeleitete Grund als reiner Irrthum hinweg, so stehe demnach aus den übrigen Gründen die Thatsache fest, daß nicht dieses Messer, sondern ein scharfes zweischneidendes Werkzeug in Anwendung gebracht worden sein müsse." —

Der hofgerichtliche Medicinalreferent suchte dagegen die Ansicht geltend zu machen, daß das den Acten anliegende Messer allerdings auch als das Verletzungswerkzeug angesehen werden könne. In dieser Absicht stellte er in Gegenwart des Amtschirurgen folgende Versuche an: er brachte der ihm gerade zu Gebot stehenden Leiche eines Selbstmörders 8 Brustwunden mit einem Messer bei, welches scharf und spitz und dessen Rücken etwas weniger als eine halbe Linie breit war; die Einstiche wurden theils bis zur Hälfte, theils bis zum Hefte der 2 Zoll 1 Linie langen Klinge gemacht. Da er hiebei wahrnahm, daß die meisten dieser Wunden keine Spur des Messerrückens, nämlich keine Quetschung oder Ungleichheit der Haut an dem Wundwinkel zu erkennen gaben, der dem Rücken des Messers correspondirte, daß die Ränder der Wunden vielmehr scharf und glatt und beide Winkel derselben gleich spitz waren, so brachte er der Leiche noch mit dem den Acten beiliegenden Messer 12 Brustwunden bei, von denen nur 3 die Spuren des Messerrückens zeigten, die übrigen aber an beiden Wundwinkeln keine Quetschung, Eindruck oder Ungleichheit wahrnehmen ließen; er legte hierauf auch einen Rippenknorpel blos und durchstach ihn mit dem beiliegenden Messer, wobei ebenfalls keine Spur des Messerrückens zurückblieb. Diese Versuche hielt der hofgerichtliche Medicinalreferent für beweisender und der in Frage stehenden Verwundung analoger, weil sie an einer menschlichen Leiche und an der ähnlichen Stelle vorgenommen wurden; er machte nebstdem darauf aufmerksam, daß die 3 Brustwunden einem lebenden Menschen versetzt wurden, wo die Contractionskraft der Haut die Wundwinkel noch schärfer und kleiner machen konnte, und kam so zu dem Schlusse: „es sei möglich, daß die Wunden in der Brustgegend durch das den Acten beigegebene Messer bewirkt worden seien. Bei dieser Meinungsverschiedenheit mußten die Acten in Gemäßheit der Verordnung v. 1. April 1824 zur Erstattung eines Obergutachtens an die Großherzogliche Sanitätskommission abgegeben werden, welche sich, in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem hofgerichtlichen Medicinalreferenten, dahin aussprach: „es sei nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich, daß die Brustwunden des Getödteten, insbesondere die absolut tödtliche Herzwunde desselben mittelst das den Acten beigegebenen Messers zugefügt worden sind."

In dem Gutachten des Referenten dieser höchsten Sanitätsbehörde kommt unter anderen die — auch dem Laien einleuchtende — Bemerkung vor: „Es war ein unpassender, unglücklicher Gedanke, die Wirkung eines Messerstichs in die Bauchwand eines todten Schweines mit der Wirkung des Einstichs in die contractive Haut, muskulöse Brustwand und in das Herz eines lebenden magern Menschen zu vergleichen und darauf solche wichtige Schlüsse zu bauen."

II. Bericht eines Bürgermeisters an das Bezirksamt:

„In der verflossenen Nacht wurde oben Erwähntem durch gewaltsamen Einbruch seiner Werkstätte nach Vermuthen, welches ersichtlich ist, dieweil kein Thäter vorhanden war, der Waschkessel, welcher darin eingemauert ist, angefangen auszubrechen. Wo aber der Eigenthümer solches gewahr wurde und von den Nachbarsleuten wie von demselben, welche die Flucht ergriffen hatten, verfolgt wurden."

III. Auf eine Ehrenkränkungsklage ließ sich der Angeklagte dahin ein: es sei nicht war, daß er den Bürgermeister, wie dieser behaupte, einen „Spizbuben" genannt habe, indem er nur gesagt: der Bürgermeister sei in seinen Sachen pflichtvergessen. Zugleich erklärte sich der Angeklagte bereit, die Wahrheit dieser Aussage zu beweisen und erbat sich hiezu eine Frist. Darauf faßte das Amt den Beschluß:

„dem Beklagten wird aufgegeben, binnen 8 Tagen rechtsgenügend zu beweisen, daß der Ankläger ein pflichtvergessener Mann sei."

†

Hauptredacteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 11. Juni 1842.

I.

Ueber die Klagbarkeit der Darlehenszusage und über Realverträge.

§. 1.

Es ist schon mehrfach in Gerichten vorgekommen, daß eine Darlehenszusage klagend verfolgt und gebeten wurde zu erkennen, daß Beklagter schuldig seyn solle, das Versprechen eines Darlehens zu erfüllen, und die Darlehenssumme dem Anleiher auszuzahlen; wogegen (im Falle verzinslicher Darleihe) dieser sich verbindlich macht, die bedungenen Zinsen zur gehörigen Zeit zu entrichten?

Diese Frage wird namentlich auch bei den Darlehenszusagen gelegenheitlich der Hypotheken-Bestellungen praktisch.

Es fragt sich also, ob eine derartige Klage in Rechten begründet sei?

Das Obligationenrecht des Code ist seinen Hauptgrundzügen nach aus dem römischen Rechte entlehnt, und es wird zweckmäßig seyn, die Ansichten der Römer, dieser scharfsinnigsten Juristen, in dieser Materie zu verfolgen.

Sie unterscheiden zwischen Consensual- und Real-Verträgen. Die ersten waren durch Uebereinstimmung der contrahirenden Theile perfect.

Zur Perfection der letztern gehörte die wirkliche Leistung, Hingabe der versprochenen Sache (res). So lange zu dem unklagbaren pactum nudum (z. B. de mutuo dando) die wirkliche Leistung nicht hinzukam, war der Contract (ich gebrauche absichtlich dieses Wort) nicht perfect, und konnte eine Contrartsklage nicht erhoben werden, weil diese ein perfectes Rechtsgeschäft voraussetzte.

Vergl. J. III. 14. L. 1. §. 3. 4. L. 52. D. 44. 2. 7.

Höpfner, Commentar §. 763.

Thibaut, 7te Ausgabe §. 164.

Diese Unterscheidung der Römer zwischen Consensual- und Real-Verträgen zeugt gerade von dem tiefgehenden Verstande jenes Volks, denn sie hoben als Real-Verträge κατ' ἐξοχήν (obwohl durch Leistung von einer Seite jeder Vertrag ein Realvertrag im weitern Sinne werden konnte) gerade die im Leben vorkommenden Verträge hervor, bei welchen die ernstliche Absicht zu contrahiren am zuverlässigsten durch die wirkliche Leistung (re) ersichtlich wird; nämlich bei den nicht vollkommen synallagmatischen Verträgen. Dieses war bei den vollkommen synallagmatischen Verträgen nicht nothwendig, bei welchen Leistung und Gegenleistung sich die Wage halten, und selbst bei der verzinslichen Darleihe tritt obige Rücksicht ein, weil bei der wirklichen Hingabe eines Kapitals gegen Zinsen an einen vollkommen synallagmatischen Vertrag nicht zu denken ist, bei welchem man annimmt, daß Leistung und Gegenleistung gleich groß seien, was gewiß bei dem verzinslichen Darlehen nicht der Fall ist, bei welchem, um 5 fl. zu erhalten, 100 fl. verloren gehen können.

Daher finden wir im römischen Rechte und der gemeinrechtlichen Praxis keiner Klage auf Erfüllung eines Darlehens-Versprechens erwähnt,

Vgl. Schmitt, von Klagen und Einreden, 8. Aug. (von Martin) §. 764.

und nur eine unverständige Praxis konnte in das römische Recht eine Klage aus dem pacto de mutuo dando dahin einführen wollen, daß der Promittent genöthigt würde, ein Darlehen herzugeben. Dieser Versuch, eine derartige, dem Geiste des römischen Rechts zuwider laufende Klage geltend zu machen, fand aber ihren Grund

Digitized by Google

in einer Billigkeitskrämerei, die nicht viel Nachdenken machte, nämlich darin, daß man behauptete: Zusagen sollen gehalten, erfüllt werden; durch das Nichthalten wird der Andere beschädigt, und solche Beschädigungen (damnum emergens und lucrum cessans) müssen vermieden werden. Aber gerade damit deuten jene den rechten Weg an, nämlich: nicht den einer Vertrags- sondern den einer Entschädigungsklage. Wenn derjenige, welcher ein Darlehen zu geben verspricht, seine Zusage nicht hält, und dadurch den andeen Theil in Schaden versetzt, so soll eine solche unrechte That (injuria im römischen Sinne turpitudo) nicht ungeahndet bleiben; daher ist demjenigen, der durch den Mangel des redlichen Vollzugs der Zusage einen Schaden erlitt, eine Schadenklage gegeben. Es hat daher derjenige, dem das Versprechen gegeben wurde, nur zu behaupten, und darzuthun, daß (in Quali) und welcher Schaden (in Quanto) ihm durch die widerrechtliche Weigerung des Promittenten zuging. Hat er aber keinen Schaden erlitten, so ist auch kein Rechtsbeschwerniß, kein Grund zur Klage vorhanden.

Wenn es daher rechtlich gewiß ist, daß zur Perfection des Darlehensvertrags die wirkliche Leistung (res) gehört, so ist auch klar, daß man mit der Vertragsklage aus einem Rechtsverhältnisse (Darlehenszusage), welches noch gar keinen perfecten Vertrag darstellt, nicht auftreten kann; oder m. a. W.

> aus einem Rechtsverhältnisse, welchem zu seiner Vollendung als Vertrag ein wesentliches Erforderniß abgeht, kann mit einer Klage, welche die Vollendung des Vertrags voraussetzt, nicht geklagt werden.

Im römischen Rechte wäre also die Frage unzweifelhafter entschieden, und es frägt sich nur, hat hievon das französische und badische Recht etwas geändert?

§. 2.

Die Doctrin ist hierüber nicht einig:

Toullier, Brüsseler Ausgabe, Band 3, pag. 251, Nr. 14 und pag. 252, Nr. 17, und

Brauer, Band 3, pag. 7 und Band 5, §. 886,

sind der Ansicht, die römische Eintheilung in Consensual- und Realverträgen sei dem französischen Rechte fremd und es sei diese Eintheilung nunmehr ohne allen praktischen Werth. Allein die Behauptung Toullier's ist darum ungenau, weil er für seine Meinung nichts als die Behauptung anzuführen weiß, daß der Code (1. Cap., III. Titel, III. Buch) diese Eintheilung nicht wörtlich in das Gesetzbuch aufgenommen habe, während doch der Code die im römischen Rechte als Real-Contracte bezeichneten Verträge ebenfalls so definirt, daß aus der Definition selbst ersichtlich ist, daß sie nur als Realverträge verpflichtend seyn sollten.

Vergl. Art. 1875, 1892, 1915, 2071.

Deßhalb nehmen auch die bewährtesten Rechtslehrer

Duranton traité des contrats Band 1, pag. 46, Nr. 43, 44.

Boileux Commentaire ad livre III. tit. X.

Zachariä, III. Auflage, Bd. II., §. 391.

die römische Ansicht an, und sind dahin einverstanden, daß

Boileux l. c:

> la simple promesse de prêter est obligatoire en ce sens que le refus de livrer donne lieu suivant les circonstances à des dommages-interêts, mais le prêt n'existe réellement qu'aprés la tradition.

Brauer sagt mit dürren Worten Band V., §. 886:

> die ehemaligen Sachverträge (reales) sind wenigstens nach badischem Rechte, nun durchaus Willensverträge,

und verweist für die Richtigkeit seiner Behauptung auf seine Deduction im Band III., pag. 7, indem er fortfährt:

Aus allem (?) geht daher geradezu eine doppelseitige Verpflichtung (?) hervor:

„Sie besteht beim Darleihvertrag für den Darleiher „in Zahlung der versprochenen brauchbaren Sache, in „Gewährleistung ihrer Brauchbarkeit und in Gestattung „der bestimmungsmäßigen Gebrauchszeit, sodann für „den Anleiher in gesetzmäßiger Rückzahlung zur be„stimmten Zeit und in Ersatz der verschuldeten Beschä„digungen."

Diese Erklärung ist weder befriedigend noch überzeugend; es geht ihr nämlich die logische Schärfe darin ab, daß man aus Zufälligkeiten und unwesentlichen Merkmalen den Begriff eines doppelseitigen Vertrags construiren will, die keineswegs seine Wesenheit ausmachen. Denn bei einem Consensual, vollkommen synallagmatischen oder doppelseitigen Vertrag besteht neben dem mutuus consensus die Wesenheit in der möglichen oder nach vernünftiger Anschauung unterstellbaren Gleichheit der wechselseitigen Verpflichtung, resp. Leistung und Gegenleistung, wie ich

Digitized by Google

oben angeführt. Der Käufer erhält für den Preis ein Acquivalent in der Waare, der Miether in der Miethwohnung u. s. w.

Vergl. Zachariä l. cit. Bd. II., pag. 341. Note 1.

Es ist hieraus klar, daß Brauer hier eine Neuerung versuchen wollte, die zu Inconsequenzen führen muß, weil die Eintheilung der Verträge in vollkommen und unvollkommen synallagmatische im Gesetzbuche selbst wohl begründet ist. Wir werden unten hierauf zurückkommen.

Band 3. pag. 7. erkennt Brauer an, daß der Urtext die römischen Real-Verträge beibehalten wollte: Allein, fährt er fort: hierlands wird erwogen, daß man in diesem Falle entweder ganz ohne Noth, wie es bisher wegen dem eisernen Scepter des Justinianischen Gesetzbuchs geschehen mußte, doppelte Rechtswesen für ein Geschäft beibehalten müsse: Tauschversprechen und Tauschverträge, Darlehnszusagen und Darleihverträge, oder daß man des für die gesellschaftlichen Lebensbedürfnisse so wichtigen Vortheils (?) entbehren müßte, dergleichen Geschäfte schon früher rechtsverbindlich zu machen, als sie von einer Seite erfüllt sind.

Hält wohl dieser Grund für Abschaffung der Realverträge, gegenüber dem Grunde der Römer, Stich? Ist es ein socialer Vortheil, wenn heute ein für wohlhabend geltender Mann einen Andern um ein Darlehen von 1000 fl. angeht, die Zusage erhält; der Promittent einige Tage später erfährt, der Entleiher steht am Vorabend des Banquerots, und dennoch genöthigt ist, sein Geld in den Schlund zu werfen. Offenbar schwebte Brauer die vorhin erwähnte irrige Ansicht einiger Practiker (die aber dem römischen Recht fremd ist) über die Klagbarkeit des pacti de mutuo dando vor.

Es frägt sich aber nur noch, nachdem auf diese Erklärung Brauer's hin wohl kein Zweifel mehr existirt, daß nach unserem Rechte die Darlehenszusage in der eingangserwähnten Art auf Leistung des Darlehens klagbar gemacht werden wollte, ob denn auch bei der Uebersetzung des Code (in unserm Landrecht) diese Ansicht consequent ist eingehalten worden?

Hier ist die Antwort: Nein.

Im Art. 1875, der die Definition des Leihvertrags enthält, ist derselbe als Realvertrag, wie im Urtext, characterisirt:

„Der Leihvertrag ist derjenige, in Gefolge dessen Einer dem Andern eine Sache zum Gebrauch übergibt (nicht zu übergeben verspricht) mit Vorbehalt der Rückgabe nach gemachtem Gebrauche.

Art. 1892. Die Darleihe ist ein Vertrag, demzufolge Einer dem Andern von verbrauchbaren Sachen eine bestimmte Menge unter der Bedingung zu überliefern hat, daß Letzterer ihm eben so viel in derselben Gattung und Menge wieder geben soll.

Obgleich dieses „zu überliefern hat" etwas aoristisch aussieht, als habe man sich gescheut, den Urtext zu verändern, oder als wolle man in dieser Form gutmachen, was man im Art. 1875, gegen die in den Erläuterungen gegebene Theorie gesündigt hat, so ist auch Art. 1893 keineswegs geeignet, den Art. 1892 zu erläutern; denn wenn es dorten heißt:

„Der Anleiher wird kraft des Darleihvertrags Eigenthümer der Sache."

so liegt in diesen Worten wieder nichts, was ein unterscheidendes Merkmal vom römischen Realvertrag abgäbe, denn auch dorten wird der Anleher kraft des Darleihvertrags (der durch die Leistung so perfect wird) Eigenthümer.

Der Urtext sagt mit schöner Präcision „Par l'effet de ce *prêt.*"

Erst im Art. 1897a tritt die Klagbarkeit der Darlehenszusage deutlicher hervor.

Im Art. 1915 finden wir wieder den Realvertrag in den Worten:

Hinterlegung im allgemeinen Sinne ist das Rechtsgeschäft der Uebergabe (also der wirklichen Leistung, res) einer Sache an einen Andern zur Bewahrung und Zurückgabe im Stück.

Art. 2071. Der Einsatzpfandvertrag ist derjenige, in Gefolge dessen ein Schuldner seinem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit der Schuld einhändigt.

Welche Inconsequenz. In den Erläuterungen schafft Brauer alle Realverträge ab und im Gesetzbuch bestehen sie zu Recht. Welche Inconsequenz, alle Realverträge nach dem Buchstaben des Gesetzes beizubehalten, und nur die Darleihe, für deren Beibehaltung als Realvertrag die gewichtigsten Gründe stritten, zu einem Consensual- und vollkommen synallagmatischen Vertrag stempeln zu wollen!

Dr. Hecker, Obergerichts-Advokat.

Digitized by Google

II.

Ueber den Koſtenerſatz bei Beſchwerdeführungen der Anwälte wegen ungebührlicher Mäßigung ihrer Deſerviten.

I. Wem fallen die Koſten zur Laſt, welche in Folge der Beſchwerdeführung eines Anwaltes gegen den Unterrichter wegen ungebührlicher Behandlung bei der Decretur ſeines Koſtenverzeichniſſes bei dem Obergerichte entſtehen?

II. Steht dem Obergerichte, welches über die Beſchwerde zu erkennen hat, die Befugniß zu, auch über den Erſatz der Rekurskoſten zu erkennen?

In Frankreich, wo der Advokat ſeine Rechnung ohne den Richter macht, und die Parteien, welche die Rechnung zu hoch finden, bei dem Advokaten-Collegium oder, ſo fern dieſes ſie nicht zufrieden ſtellt, bei dem betreffenden Gerichtshofe, Abhülfe erlangen, werden dieſe Fragen nicht zur Sprache kommen.

Bei uns muß das Deſervitorium des Advokaten dekretirt werden, d. i. der Richter prüft die Anſätze, und ſtreicht oder ermäßiget oder genehmiget dieſelben, je nachdem er ſie richtig überſetzt findet. Ohne dieſe Dekretur kann der Anwalt ſeine Forderung nicht geltend machen.

Der Zweck dieſer Einrichtung iſt:

„zu verhindern, daß unſere lieben Unterthanen von den Anwälten nicht über die Gebühr beſchwert werden.

(§. 232—235 u. 237 d. Peozeßordnung.)

Ob die Geſetzgebung ihr Ziel erreiche, will ich dahin geſtellt laſſen. So viel ſcheint mir indeſſen gewiß, daß das Dekreturſyſtem den Parteien, welche die Deſervitenanſätze nicht zu beurtheilen im Stande, nach einem glücklich oder unglücklich zurückgelegten Peozeſſe aber nur zu geneigt ſind, ſich um jeden Peeis von einer neuen prozeſſualiſchen Verwickelung mit ihren Anwälten loszukaufen, ſeit ſeinem Beſtande weſentliche Dienſte geleiſtet hat, und in der Folge noch leiſten wird. Der Anwalt iſt dabei keineswegs der Willkühr des Richters preisgegeben. Beſchwert ihn dieſer, ſo kann er ſich an den Oberrichter wenden, welcher ihm die gerechte Abhülfe niemals verweigert. Seit der Einführung der neuen Prozeßordnung begnügen ſich manche Anwälte nicht mehr mit dieſer Abhülfe; ſie gehen vielmehr einen Schritt weiter, indem ſie den Erſatz der Rekurskoſten verlangen und zu dieſem Ende bald die Partei, welcher ſie gedient haben, bald die Gegenpartei, wenn ſie in dem von ihm geführten Prozeſſe der unterliegende Theil war, bald den decretirenden Richter ſelbſt in Anſpruch nehmen *).

Es gewinnt hier durch die Erörterung der von mir aufgeſtellten Fragen ein praktiſches Intereſſe. Was mich aber zunächſt zur Beantwortung derſelben veranlaßt, ſind mehrere konkrete Fälle, bei deren Aburtheilung ſich eine bemerkenswerthe Verſchiedenheit der Meinungen kund gab.

Ich beginne mit der Darſtellung des Unterſchiedes zwiſchen

1) der Dekretur der Advokatenkoſten und

2) der Beſtimmung der Prozeßkoſten.

Mittelſt der erſtern beſtimmt der Richter den Betrag der Deſerviten, den die Partei ihren Advokaten zu entrichten hat; mittelſt der letztern beſtimmt er den Betrag der Prozeßkoſten, welchen die unterliegende Partei dem Sieger zu erſetzen hat. Es umfaßt dieſe Beſtimmung das Deſervitorium des Gegenadvokaten und den weiteeen von der Gegenpartei beſtrittenen Koſtenaufwand.

(§. 168 und 175 der Peozeßordnung.)

Jene bezweckt die Zufriedenſtellung der Advokaten, dieſe die Zufriedenſtellung der Parteien.

Die Dekeetur geſchieht von Amtswegen, die Beſtimmung der Prozeßkoſten-Erſatzſchuldigkeit auf Anrufen dee Partei.

Bei dee Dekretur handelt der Richter vermöge des ihm über die Advokaten zuſtehenden Aufſichtsrechtes. Er realiſirt eine Anforderung des öffentlichen Rechts: daß der Advokat ſeinem Clienten nicht mehr aufrechne, als wozu er nach Recht und billigem Ermeſſen beeechtigt iſt.

Bei der Koſtenbeſtimmung handelt derſelbe vermöge des ihm über die Parteien zuſtehenden richterlichen Imperiums. (Schluß folgt.)

*) In einer dem Verfaſſer bekannt gewordenen Rekursſache wegen unrichtigen Sportelanſatz wurde ſogar die ſchuldloſe Staatskaſſe, welche nur die von dem Richter angeſetzten Sportelbeträge zu erheben hat, zum Erſatz der Rekurskoſten verurtheilt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 18. Juni 1842.

I.

Ueber den Kostenersatz bei Beschwerdeführungen der Anwälte wegen ungebührlicher Mäßigung ihrer Deserviten.

(Schluß.)

Er entscheidet eine privat- (beziehungsweise prozeß-) rechtliche Streitfrage: Gehören die Kosten, deren Ersatz von der obsiegenden Partei in Anspruch genommen wird, in die Klasse der nothwendigen? (§. 169 der Prozeßordnung.)

Der Kostenbetrag wird im Wege des abgekürzten Verfahrens, der Deservitenbetrag ohne Verfahren festgesetzt.

(§. 175 und 673 b. der Prozeßordnung.)

Gegen eine ungebührliche Verfügung, welche die Deservitenforderung betrifft, beschwert man sich auf den Grund des Abschnittes 4 des §. 1244 der Prozeßordnung; gegen ein beschwerendes Erkenntniß in Betreff der Ersatzschuldigkeit (in so weit diese nicht unter die Bestimmung des §. 673 Absatz 6 fällt) bedient man sich der Beschwerdeführung auf den Grund des 6ten Abschnittes des Satzes 1244. *)

Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber da, wo er von der ungebührlichen Behandlung der Parteien, Zeugen und Sachverständigen spricht, die wichtigste Person bei dem Prozesse, den Advokaten, den er sonst überall neben die Partei stellt, habe übersehen wollen.

Wenn ich jedoch auch die Richtigkeit einer Subsumtion der Recursfälle wegen ungebührlicher Decretur unter den Abschnitt 6 des §. 1244 zugeben müßte, so würde ich deßhalb doch die Praxis, nach welcher man die Beschwerdeführung für unzulässig ansieht, während man das Quantum der Ersatzschuldigkeit in jeder Instanz festsetzt, nicht billigen können. Es wird nämlich auf diese Weise den Parteien nicht nur das uneigentliche Rechtsmittel der Beschwerdeführung, sondern zugleich das Rechtsmittel der Appellation entzogen, welches sie zuversichtlich in vielen Fällen ergreifen würden, wenn die Kosten im Ganzen vor dem Unterrichter liquidirt und von diesem bestimmt werden müßten.

Ich will gleichwohl diese Controverse nur berühren, da ich eine weitere Ausführung für den Zweck der gegenwärtigen Untersuchung nicht für nothwendig halte, und wende mich hiernach zur Beantwortung der aufgestellten Fragen.

Zu I.

1) Die eigene Partei — die Prinzipalschaft des beschwerdeführenden Advokaten — hat die in Frage stehenden Kosten nicht zu übernehmen.

Die Vertheidiger des Gegentheils berufen sich auf das Mandatsverhältniß, welches zwischen dem Advokaten und seiner Partei bestehe, insbesondere auf den Art. 2000 des neuen Landrechts.

Allerdings hat nach dem deutlichen Wortlaut dieses Gesetzes der Vollmachtgeber den Vollmachtnehmer für jeden Verlust, den er bei dem Geschäfte ohne seine Schuld hatte, zu entschädigen. Allein der Advokat, der sich um die Abänderung der unterrichterlichen Decretur seiner Deserviten bewirbt, handelt nicht im Auftrag seiner Partei; er be-

*) In dem hier bemerkten Falle, wo es sich 1) um ein Erkenntniß über die Größe einer in quali bereits zuerkannten Hauptforderung, oder 2) um Nebenforderungen an Zinsen, Entschädigungen und Kosten handelt, findet unstreitig das Rechtsmittel der Appellation statt.

treibt sein eigenes Geschäft, nicht das Geschäft seines Mandanten.

Ist der Vollmachtgeber in dem Prozeß, welcher für ihn geführt wurde, obsiegender Theil, so kann es ihm, vorausgesetzt, daß er einen zahlbaren Gegner hat, gleichgültig sein, ob seinem Anwalt viel oder wenig decretirt werde. Hat er den Prozeß verloren, so liegt ihm freilich daran, daß die Decretur der Deservitorien seines Advokaten und seines Gegenadvokaten möglichst karg ausfalle. Aber der eine wie der andere dieser Advokaten handelt dessen ungeachtet in einem eigenen Interesse, welches dem Interesse der Partei, die zahlen soll, entgegen gesetzt ist.

Jeder besorgt demnach sein eigenes, kein fremdes Geschäft, und keiner derselben wird im Ernste behaupten können, daß er, indem er gegen das ihn beschwerende Erkenntniß Beschwerde führt, für seinen Schuldner arbeite oder für das Interesse eines Dritten thätig sei.

Leidet er nun in Folge der ungebührlichen Handlungsweise eines Richters bei der Betreibung seiner Angelegenheit einen Verlust, und will er den Ersatz desselben von seiner Partei fordern, so kann er seine Anforderung ganz gewiß durch die Berufung auf eine Gesetzesstelle nicht begründen, welche verlangt, daß er den Verlust bei Betreibung der Angelegenheit seines Mandanten erlitten habe.

Abgesehen hievon und von der Frage, ob und in wie weit bei einem Advokaten, welcher der Partei seine Dienste in der Eigenschaft eines öffentlichen Dieners widmet, das gesetzliche Mandatverhältniß maaßgebend sey, muß man selbst bei der Anwendbarkeit jenes Gesetzes an den allgemeinen Grundsatz, nach welchem der Ersatzpflichtige nur für den directen Schaden einzustehen hat, festhalten.

Der Schaden, um den es sich hier handelt, ist nicht von dieser Beschaffenheit, denn er ist nicht unmittelbare Folge der Bevollmächtigung zum Prozesse, sondern einer in Mitte liegenden ungebührlichen Behandlung, deren Urheber der decretirende Richter ist. (Landrechtsatz 1151.)

Anders verhält es sich mit den Decreturkosten, welche mit den Recurskosten nicht auf gleiche Linie gestellt werden können. Es liegt dem Clienten (Vollmachtgeber) daran, zu wissen, was er an seinen Advokaten zu zahlen hat, theils um sich seiner Schuldigkeit zu entledigen, theils (wenn er den Prozeß gewonnen hat) die Minderung zu bewirken. Der Recurs über diese Kosten gehört folglich zu dem Geschäfte (Landrechtsatz 1991, 1999). Die Decretur ist aber unmittelbare Folge der Prozeßführung, wozu er seinem Advokaten Vollmacht gab. Es liegt also kein Grund für ihn vor, die Uebernahme dieser Kosten abzulehnen. Von den Recurskosten kann man, wie ich nachgewiesen zu haben glaube, das Gleiche nicht behaupten. (?)

Geht man endlich, nachdem das Mandatsverhältniß nicht anschlägt, von den Grundsätzen über die Verbindlichkeit zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens aus, so liefert das bloße Geständniß des Advokaten: daß nicht seine Partei, sondern der Unterrichter die Person sei, welche ihm Unrecht gethan habe, einen hinreichenden Beleg für den Ungrund seines Ansinnens, einen Andern als den Urheber dafür verantwortlich zu machen.

Auch in dem Geiste der Gesetze, welche auf der einen Seite durch Einführung der Decretur die Parteien gegen Ueberforderung der Advokaten, auf der andern Seite dagegen durch Gestattung der Beschwerdeführung den Advokaten gegen die Willkühr des Richters in Schutz nehmen wollen, kann es nicht liegen, daß man die Kosten eines Rekurses, dessen Früchte der Advokat allein einärndtet, auf die Schulder seiner Partei wälze und ihnen hierdurch eine neue Quelle des Verdienstes öffnen.

Es würde wenigstens der Billigkeit entsprechen, daß man sie in einem solchen Falle vorerst frage, ob sie nicht auf die richterliche Moderation verzichte? Die Antwort würde meistens bejahend, dann aber auch für das Decretursystem nicht von ersprießlichen Folgen sein. Der gesunde Sinn sträubt sich dagegen, daß man, wenn A. und B. darüber streiten: ob C. dem B. 3 fl. mehr oder weniger schuldig sei? den C. ungehört in die Kosten dieses Streites verurtheile, und es klingt wie eine Ironie, wenn man verlangt, daß C. diese Verurtheilung noch als eine Wohlthat ansehe, die ihm das Decretursystem zuwendet.

2) Noch weit weniger kann die Uebernahme der Gegenpartei zugemuthet werden.

Die Thatsachen, aus welchen der Verlust abgeleitet wird, und die Person, welche davon betroffen wird, sind ihr fremd, und das prozeßrechtliche Verhältniß, in welchem

sie zu der Partei des Beschwerdeführers steht, stellt sie lediglich der erstern gegenüber.†)

3) Was den Richter betrifft, so beantwortet sich die Frage mit „Nein!“ und mit „Ja!“

In der Regel beruhen gravirende Decreturen auf der irrthümlichen Anwendung der Taxordnung und der gesetzlichen Bestimmungen, welche dem richterlichen Ermessen zur Richtschnur dienen sollen. Oft werden sie durch den entschuldigenden Drang der Geschäfte, zuweilen sogar durch die Unvollkommenheiten des Gesetzes selbst herbeigeführt. Auch ist der Irrthum nicht immer auf der Seite des Richters, welcher reformirt wird. Der Oberrichter kann auch manchmal Unrecht haben. Für Mißgriffe dieser Art ist der Richter gleichwohl nur der Oberaufsichts-, beziehungsweise Dienstbehörde, aber nicht den betheiligten Privaten verantwortlich. Es ist darum den Oberbehörden mit Recht untersagt, den Unterrichter, der in Beschwerdesachen, welche in Gemäßheit des §. 1244 der Prozeßordnung an das Obergericht gelangen, obschon er der einzige Gegner des Querulanten ist, zum Ersatze der Kosten zu verfällen.

(Thilo, Comment. S. 131).

Die Verurtheilung könnte nur in der Voraussetzung eines ihn hiefür für verantwortlich erklärenden Gesetzes gerecht seyn, und ein solches Gesetz würde, weit entfernt, den Diensteifer des Richters zu erhöhen, seine ganze Thätigkeit lähmen. Welcher Richter würde es noch wagen, einem Advokaten auch nur 6 kr. zu mäßigen, wenn er bei dem redlichen Bewußtsein, bei dieser Mäßigung gebührlich gehandelt und ermessen zu haben, einen Kostenersatz von 3—4 fl. zu befürchten hätte?

Wenn man erwägt, daß der Richter nicht nur die Bogen, Linien und Buchstaben abzuzählen und den Ansatz in der Taxordnung zu vergleichen hat, sondern daß er auch den innern Gehalt der Schriften würdigen soll, so wird man sich überzeugen, daß die Kostendecretur kein Geschäft ist, bei welchem man mit Sicherheit zu Werk gehen kann.

Fällt jedoch dem Richter ein Vergehen oder eine dem Vergehen in civilrechtlicher Hinsicht gleichgestellte Handlung zur Last, deren er sich bei der Decretur des Kostenverzeichnisses theilhaftig machte, und stellt sich der Verlust des recurrirenden Anwaltes, wirklich als eine directe, von seiner Seite nicht verschuldete Folge der richterlichen Handlungsweise dar, dann ist er dem Recurrenten verantwortlich.

(Gönners Handb. B. 3. S. 533.)

Zu II.

Die Decretur der Kostenverzeichnisse der Advokaten ist, was ich schon im Eingang bemerkt habe, ein Ausfluß der gerichtspolizeilichen- oder Disciplinargewalt. Die Parteien erscheinen vor dem Obergerichte nicht in der Eigenschaft von Parteien, sondern als Untergebene.

(v. Weiler, Motive S. 122.)

Das Obergericht kann daher die unterrichterliche Verfügung, wenn sie wirklich kränkend ist, abändern; es kann dem Unterrichter den etwa ersichtlichen Mangel an Aufmerksamkeit verweisen, dem Advokaten die geeignete Rüge zugehen lassen, wenn es die Beschwerdeführung für frivol ansieht.

Aber alles, was über den Gegenstand der Beschwerdeführung hinausgeht, ist seiner Competenz entzogen. Ueber den civilrechtlichen Anspruch auf Ersatz der Recurskosten darf er nicht erkennen, einmal, weil sich der Gegenstand der Beschwerdeführung lediglich auf die Frage beschränkt: entspricht die von dem Judex a quo verfügte Mäßigung den gesetzlichen Vorschriften oder entspricht sie denselben nicht? muß dem zufolge der Recurs verworfen oder der Fehler des Unterrichters verbessert werden? — sodann, weil die Kosten sich zum Gegenstand der Beschwerdeführung nicht wie die Nebensache zur Hauptsache verhalten. Sie bilden einen davon unabhängigen, selbstständigen Rechtsanspruch, dessen ordnungsmäßige

†) Wenn man die Recurskosten des Anwalts zu den Decreturkosten im Allgemeinen (d. h. zu den durch die Vorschrift der Decretureinholung nöthig gewordenen Kosten) rechnet, sie also gleich den andern Decreturkosten dem obsiegenden Anwalte durch seine Partei ersetzen läßt, so sind dieß für diese Partei auch nothwendige Kosten, nämlich solche, die ohne ihr Verschulden und unabhängig von ihrem Willen durch den Rechtsstreit überhaupt veranlaßt werden. Deßhalb hätte ihr dann der Gegentheil jene Recurskosten auch gleich den andern Kosten der Decretur im Falle des Unterliegens in der Hauptsache nach den §§. 168 und 169 zu ersetzen. Mit der Frage: ob die eigene Partei des Beschwerdeführenden Anwalts diesem die Kosten der begründet erfundenen Beschwerde zu ersetzen habe? — fällt also die weitere Frage: ob sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache den Ersatz dieser Kosten auch vom Gegentheil fordern könne? — lediglich zusammen.

D. Red.

Verhandlung und Erledigung dem zuständigen Richter erster Instanz anheim fällt.

Ich erlaube mir zum Schluß noch einige Worte über die Nachdecretur solcher Kosten.

Ist die hier ausgeführte Ansicht 1) daß die eigene Partei die Recurskosten nicht zu tragen und daß 2) das Obergericht, an welches die Beschwerde wegen ungebührlicher Deservitendecretur gelangt, über den Kostenpunkt nicht zu entscheiden habe, richtig, so wird es wohl nicht zu bezweifeln sein, daß die Nachdecretur auf diese Partei ebenfalls unstatthaft sei. Die Aufsichtsbehörde solle verhindern: „daß die Parteien von ihren Anwälten zur Ungebühr beschwert werden." Dieser Aufgabe handelt sie aber augenscheinlich entgegen, wenn sie die Anwälte ermächtiget, Kosten von ihren Parteien zu erheben, zu deren Erstattung diese rechtlich nicht verpflichtet sind. Das Obergericht würde durch eine solche Nachdecretur an die Stelle der Ungebühr, welche sie zu Gunsten des Advokaten aufhebt, eine andere Ungebühr treten lassen, welche die Partei um so empfindlicher trifft, da kein weiteres Gericht existirt, welches competent wäre, solche ihr wieder abzunehmen. Daß es hart ist, wenn der Advokat die Kosten einer gegründeten Beschwerdeführung tragen soll, mißkenne ich nicht.†) Er theilt dieses Schicksal mit Jedem, der von einem Schaden betroffen wird, zu dessen Erstattung das Gesetz keinem Andern die Verbindlichkeit auferlegt. Casum sentit is, in cujus persona ille contingit. Der Billigkeit wegen darf kein Unrecht statuirt werden. Es dürften ihnen indessen damit leicht zu helfen sein, wenn man zu derartigen Eingaben den Gebrauch ungestempelter Bogen gestattet.

Die Erkenntnisse sind bereits sportelsfrei, wenn die Beschwerdeführung für begründet erklärt wird. (Regierungsblatt 1840, Nr. 33. S. 250.)

Wird die Beschwerde als unbegründet verworfen, so könnte die Stempelgebühr nachträglich entrichtet werden.

Einer andern Beurtheilung hinsichtlich des Kostenpunktes unterliegen die Beschwerdesachen in den Fällen des §. 1244 Abs. 1, 2 und 3. Ich halte darum den Inhalt des Justizministerialerlasses vom 18. Januar 1825, Nr. 260:

„Die Kosten für Promotorialien ꝛc. bleiben dem klagenden Theile zur Last und sollen von dem Gegner nur dann ersetzt werden, wenn dieser zunächst durch eigenes Verschulden jene Verzögerung oder Hemmung des gerichtlichen Verfahrens ohne rechtlichen Grund verursacht hat," —

den Bestimmungen des Civil- und Prozeßrechtes für vollkommen angemessen.

Diese Uebereinstimmung des Inhaltes mit dem Privat- und Prozeßrechte (?), nicht die bindende Kraft des angeführten Erlasses ist es, was in den gedachten Fällen die Decretur der Rekurskosten auf die Partei, beziehungsweise Gegenpartei, rechtfertiget.

v. Kettennaker.

†) Für den Fall, daß die Beschwerde als ungegründet verworfen wird, fehlt es sogar an einem Petitum für ein condemnatorisches Erkenntniß.

II.

Unter welchen factischen Voraussetzungen findet zum Beweise der unvordenklichen Verjährung der Eid als Beweismittel statt?

Von Oberhofgerichts-Secr. Dr. Löw in Mannheim.

Je schwieriger allmählig in Ermangelung eines Titels der Beweis der unvordenklichen Verjährung bei selbstständigen verborgenen und unständigen Dienstbarkeiten nach unserer Gesetzgebung (Satz 691 des Landrechts) wird, desto praktischer wird die Frage:

Ob bei der unvordenklichen Verjährung der Eid ein zulässiges Beweismittel sei, und unter welchen factischen Voraussetzungen er stattfinde?

Die Quelle, woraus die unvordenkliche Verjährung (praescriptio immemorialis) entsprungen ist, ist bekanntlich das römische Recht.

l. 2. §. 2. 7. 8. D. de aqua et aquae pluviae (39, 3).
l. 26. D. eodem.
l. 3. §. 4. D. de aqua quotidiana (43, 20).
v. Savigny System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841. B. 4. §. 195, am Ende.

Später wurde die unvordenkliche Zeit auch in das kanonische Recht aufgenommen;

C. 26. X de V. S. (5, 40),
C. 1. de praescript. in 6to (2, 13),

und in den Reichsgesetzen ist ihrer ebenfalls öfters ge-

dacht, z. B. in der goldenen Bulle (aurea bulla cap. 8. §. 1), in dem Reichsabſchied v. J. 1548. §§. 56. 59. und 64. und in dem Reichsabſchied v. J. 1576. §. 105.

Allein nirgends finden wir über die bei dem Beweiſe der unvordenklichen Verjährung zuläſſige Beweismittel genügende Beſtimmungen.

Die Schriftſteller über dieſes römiſch-rechtliche Inſtitut ſprechen zunächſt von der Entſtehung und der rechtlichen Natur, oder von den Erforderniſſen der unvordenklichen Verjährung, und handeln zum Theil nur vorübergehend von dem Beweiſe derſelben. Selbſt wenn ſie davon handeln, heben ſie vorzugsweiſe nur den Zeugenbeweis als ordentliches und vollſtändiges Beweismittel hervor, und führen daneben blos ſecundär den Urkundenbeweis, den Beweis durch Beaugenſcheinigung von Monumenten, Inſchriften, Wappen und Bildern an, wie dieß z. B. Ockel dissert. de praescriptione temporis immemoralis. Alt. 1683. §. 64 et 65. — Wahl dissert. inauguralis juridica de praescriptione immemorali. Giessae 1720. §. 7 et 8, und Silberrad (praeside Kressio) de genuina natura et indole vetustatis seu praescriptionis immemoralis. Helmstadii 1734. cap. 4. §. 1 et 2. letzterer insbeſondere in den Worten:

> interim praestat hic agere potissimum de probatione ordinaria et plenaria nostrae praescriptionis, quae per testes perficitur,

gethan haben; oder ſie behandeln nur ein einziges Beweismittel, wie z. B. Struben in den rechtlichen Bedenken, Th. 4, Bd. 1, gethan hat, indem er den Beweis der unvordenklichen Verjährung durch Urkunden vertheidigt.

Der berühmte Romaniſt Thibaut ſagt zwar in ſeinem Syſtem des Pandektenrechts, der achten verbeſſerten Ausgabe, Jena 1834, B. 2, §. 1035:

> „Auch der Eidesantrag iſt bei dieſer Beweisführung „nicht ausgeſchloſſen;“

aber er iſt uns die nähere Ausführung ſchuldig geblieben, unter welchen Vorausſetzungen der Eid als Beweismittel zum Beweiſe der unvordenklichen Verjährung gebraucht werden könne.

Etwas mehr verbreiten ſich hierüber

Puffendorf observationes juris universi. Hannoverae 1748. Tom. 2. observ. 55.

Pfeiffer praktiſche Aufſätze. Hannover 1828. B. 2. pag. 59—67, und

v. Savigny a. a. O. §. 200. pag. 524.

Indeſſen iſt nach der Anſicht des Verfaſſers dieſes Aufſatzes die Materie immer noch nicht erſchöpfend behandelt worden, weshalb derſelbe, ſo viel ſeine geringen Kräfte vermögen, es verſuchen will, einige Andeutungen zu geben, wie die aufgeworfene Frage gelöſt werden dürfte.

Das gemeine Recht ſtellt das Beweisthema bei der unvordenklichen Verjährung dahin auf:

> „Es ſoll ein ſolcher alter, ununterbrochener Beſitz„ſtand erwieſen werden, deſſen Anfang oder Gegen„theil völlig unbekannt iſt, der mithin über Men„ſchengedenken hinausreicht (tempus, quod memoriam excedit, und cujus memoria non exstat).“

Wenn dieſer Beſitzſtand mit Zeugen dargethan werden will, ſo müſſen ſie bejahrt, d. h. nach der gemeinen Meinung über 54 Jahre alt ſeyn, ſo, daß ſie wenigſtens 40 Jahre aus eigener Erinnerung Zeugenſchaft geben können, wie der fragliche Zuſtand ſtets auf die angegebene Art exiſtirt habe. Dabei müſſen ſie bezeugen, von ihren Vorfahren nie gehört zu haben, daß denſelben ein entgegengeſetzter Zuſtand bekannt geweſen ſei.

Thibaut a. a. O.

v. Savigny a. a. O. §. 200 pag. 521—523.

Mit dieſer geſetzlichen Vorſchrift des gemeinen Rechts ſtimmt auch die kurbadiſche Verordnung im Regierungsblatt v. J. 1803 Nr. 10 und erneuert im Regierungsblatt v. J. 1808 Nr. 2 pag. 15 u. 16 vollkommen überein, wo es heißt:

> „daß es, wenn unverwerfliche Zeugen, die wenig„ſtens 54 Jahre alt ſind, und alſo von einem Zeit„raum von wenigſtens 40 Jahren aus eigener „Wiſſenſchaft Zeugniß geben können, ausſagen, wie „ſolche ganze Zeit über, und ſo lang ihnen denke, „ſie den zu beweiſenden Zuſtand, oder die zu bewei„ſende Beſitzausübung mehrmalen ſowohl in jüngeren „als älteren Jahren dieſes Zeitraums, ſelbſt alſo „ruhig geſehen, oder bemerkt, auch wie, oder wenn „dieſer Zuſtand oder Beſitz angefangen habe, weder „ſelbſt bemerkt, noch ſolchen, oder einen gegentheiligen Zuſtand oder Beſitz in älteren Zeiten jemahlen „von andern Leuten gehört hätten; — ſo lange vor „einen hinlänglichen Beweis der Unfürdenklichkeit „zu achten ſey, als nicht mittels Gegenbeweiſes Zeu„gen aufgeſtellt werden können, welche bezeugen, wie „ſie das Gegentheil oder den Anfang des Beſitzes

Digitized by Google

„entweder selbst gesehen, oder wenigstens von älteren „nicht vorhandenen Leuten gehört haben."

An das selbstständige Beweismittel des Eides scheint man damals noch nicht gedacht zu haben, da in der so eben angeführten Verordnung nur des Zeugenbeweises, und am Ende des Notheides Erwähnung geschieht in den Worten:

„Wobei übrigens sich von selbst versteht, daß durch „die Erforderung von alten Zeugen die Verbindung „jüngerer über den jüngeren Besitzstand mit denen „etwa allein über den älteren Besitzstand eigene „Wissenschaft habenden älteren Zeugen, so wie durch „die Erforderung unverwerflicher Zeugen die im „Falle nicht vollständig geführten Beweises eintretende Zuerkennung eines Notheids über obbestimmte Beweis- oder Gegenbeweissätze nicht ausgeschlossen sey.

Daß der Eid zur bloßen Ergänzung gebraucht werden könne, sowohl bei halbem Beweise, als für einzelne durch den Zeugenbeweis nicht berührte Stücke der Zeit, erkennt v. Savigny a. a. O. pag. 524 ebenfalls unbedenklich an. Er spricht aber auch für den Haupteid.

Puffendorf loc. cit. sucht die Zulässigkeit des Eides zum Beweise der unvordenklichen Verjährung damit zu rechtfertigen, daß er sagt:

„Derjenige, welcher den Eid antrage, müsse es, wenn „der Delat den Eid annehme, und ableiste, seinem „Leichtsinne zuschreiben, daß er kein anderes Beweis„mittel gewählt habe.

(Is, qui detulit juramentum, suae facilitati imputare debet, quod alium probandi modum non elegerit.)

Damit ist jedoch für die Begründung der Zulässigkeit des Eides gar nichts gesagt. Denn bekanntlich ist der Eid in allen bürgerlichen Streitigkeiten ein sehr gewagtes Beweismittel, zu dem man nur dann seine Zuflucht nimmt, wenn andere Beweismittel fehlen. Aus Leichtsinn wird höchst selten ein Eidesantrag geschehen. Der leichtsinnige Antrag des Eides von Seiten einer oder der andern Partei berechtigt überdieß den Richter nicht, das gewählte Beweismittel für zulässig und erheblich zu erklären.

Der Grund, welchen v. Savigny a. a. O. pag. 525 für die Zulässigkeit des Eides als Beweismittel der unvordenklichen Verjährung anführt, verdient dagegen mehr Beachtung. Er behauptet nämlich, daß, da der Besitz während des Zeitraumes der unvordenklichen Verjährung eine reine Thatsache, und kein Urtheil seie, derselbe zur Eidesdelation wohl geeignet wäre.

Beide aber, sowohl Puffendorf als v. Savigny knüpfen den Eidesantrag an keine Bedingung, d. h. sie gestatten ihn an jeden Gegner ganz allgemein ohne Rücksicht auf das Alter, in der Formel:

„daß der Delat die ununterbrochene Fortdauer des „gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei „Menschenalter weder wisse, noch glaube."

Die Praxis des Großherzoglichen Oberhofgerichts erkennt zwar an, daß die unvordenkliche Verjährung, obgleich sie von unserer Gesetzgebung keineswegs begünstigt ist, nicht nur durch Zeugen und Urkunden, sondern auch durch den Eid bewiesen werden könne, weil nach §. 568 der Prozeßordnung die Eideszuschiebung bei jeder Art von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und nach §. 565 der Prozeßordnung über alle entscheidende, hinreichend bestimmte Thatsachen stattfindet; weil ferner die oben angezogene Verordnung über den Zeugenbeweis bei der unvordenklichen Verjährung von den Jahren 1803 und 1808 auch des Notheides erwähnt, und die Gleichheit des Grundes, so wie die Natur des Rechtsverhältnisses es mit sich bringt, daß im Allgemeinen der Haupteid als Beweismittel der unvordenklichen Verjährung nicht wohl ausgeschlossen sein kann.

Allein es herrscht bei dem höchsten Gerichtshof darüber eine Meinungsverschiedenheit:

„Ob der Delat das nämliche Alter haben müsse, wie „der Zeuge, ob nämlich derselbe vor Einführung des „Landrechts am 1. Januar 1810 bereits 54 Jahre „alt gewesen sein müsse?"

oder:

„Ob der eidesmündige Delat ohne ein solches Alter „blos das Nichtwissen zu beschwören habe?"

Die Vertheidiger der ersten Ansicht behaupten, und wie später gezeigt werden soll, mit vollem Rechte, daß es bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung auf die Herstellung derjenigen Thatsachen ankomme, welche im Sinne des alten Rechts den unvordenklichen Besitz ausmachen, und welche durch die mehrerwähnte Vorschrift v. J. 1803 und v. J. 1808 sanctionirt wurden. Diese Thatsachen bestehen darin, daß der bestrittene Zustand, oder die zu beweisende Besitzausübung während eines

Digitized by Google

Zeitraumes von wenigstens 40 Jahren vom 1. Januar 1810 rückwärts gerechnet, und so lange es Jemanden denke, mehrmalen, sowohl in jüngeren als älteren Jahren dieses Zeitraumes ruhig stattgefunden habe, ohne daß von einem Anfange dieses Zustandes oder Besitzes, oder einem entgegengesetzten Zustande oder Besitz etwas bekannt wäre.

Der eigenthümliche Inhalt des Beweissatzes läßt deutlich erkennen, daß die Zulässigkeit des Haupteides einer nothwendigen großen Beschränkung unterworfen ist. Denn man muß erwägen, daß nach der vom Gesetzgeber aufgestellten gebietenden Rechtsvermuthung vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre Niemand im Stande ist, über Besitzhandlungen eine gehörige Wahrnehmung zu machen, daß diese Wahrnehmungen einen Zeitraum von wenigstens 40 Jahren umfassen sollen, daß es nicht genügt, auf den Grund von bloßem Hörensagen eine Erklärung abzugeben, daß vielmehr die Hauptmomente des erwähnten Beweissatzes eine positive eigene Wissenschaft der schwörenden Person voraussetzen, und daß die Herstellung des Beweises nicht etwa in diesem oder jenem einzelnen Theile, sondern in seinem ganzen Umfange, und einzig von der Versicherung des Schwörenden abhängen soll.

Diese Rechtsansicht wurde in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 7. December 1841 in Sachen des Johann Michael Herrmann zu Uiffingen, Klägers, Appellatens, Ober-Appellantens, gegen Gottfried Schmidt allda, Beklagten, Appellanten, Ober-Appellaten, Weggerechtigkeit betreffend, entwickelt, und in der Rechtssache der Gemeinde Zimmerholz, Klägers, Appellatin, Ober-Appellantin gegen die Gemeinde Stetten, Beklagte, Appellantin, Ober-Appellatin, Weidrecht betreffend, — vom ersten Senete des Großherzoglichen Oberhofgerichts ebenfalls zur Anwendung gebracht.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche sich zu der andern Ansicht bekennen, zu der Ansicht nämlich, daß der Delat nicht nothwendig das Alter des Zeugen haben müsse, um wegen des gegen ihn angetretenen Beweises der unvordenklichen Verjährung den Haupteid auszuschwören, und ihn blos für verbunden halten, das Nichtwissen eines unter seinen Rechtsvorgängern bestandenen Zustandes zu beschwören, gestatten diesen Eid in dem Falle, wenn er auf einen unvordenklichen Zeitraum gerichtet ist, z. B. 1) wenn bei einer angesprochenen Wasserschöpfgerechtigkeit der Kläger seinem Gegner (der zwar eidesmündig ist, aber bei Weitem nicht in einem solchen Alter steht, daß er vor dem Jahre 1810 schon 54 Jahre alt war) einen Eid dahin anträgt:

„Er wisse nicht, und habe auch von keinem seiner „Rechtsvorfahren vernommen, daß der Kläger, bezie„hungsweise seine Rechtsvorgänger seit unvordenk„lichen Zeiten bis zum Jahre 1810 ununterbrochen, „und ungestört an der Quelle, welche auf seiner, „des Beklagten, Wiese im Hundsrücken entspringt, „das nöthige Koch- und Trinkwasser geschöpft habe;"

oder 2) wenn zum Beweise der Behauptung — daß auf einem Hofgute, welches sich im Besitze mehrerer Individuen befindet, die Verbindlichkeit hafte, den für den Viehstand der ganzen Gemeinde nöthigen Wucherstier unentgeldlich zu unterhalten — den Beklagten ein Eid darüber zugeschoben wird:

„Sie wissen nicht, und haben auch von keinem ihrer „Rechtsvorfahren vernommen, daß dieselbe als Be„sitzer des sogenannten, von dem ehemaligen Dom„stift Arlesheim herrührenden, nun aber allodificirten „Schaub'schen Erblehengutes zu Gallenweiler, den für „den Viehstand der ganzen Gemeinde nöthigen Wu„cherstier seit unvordenklicher Zeit — diese vom 1. Ja„nuar 1810 an rückwärts gerechnet — unentgeldlich „gehalten haben;"

oder 3) wenn bei einer Negatorienklage eines Gemeindeangehörigen gegen die Gemeinde — wodurch der Kläger bezweckt, daß der Beklagten untersagt werde, das von ihr für ihre Einwohner angesprochene Recht, über einen Acker des Klägers ihr Vieh zur Weide zu treiben, oder dasselbe auf diesem Grundstücke selbst weiden zu lassen — die beklagte Gemeinde sich zum Beweise der unvordenklichen Verjährung des Schiedseides in folgender Formel bedient:

„Der Kläger wisse nicht, daß die Gemeinde das ihr „zugehörige Zuchtvieh, und eben so die Einwohner „der Gemeinde das ihnen zugehörige Vieh durch einen „Zeitraum von wenigstens 40 Jahren — vom 1. Ja„nuar 1810 zurückgerechnet — jeweils zur Zeit, wenn „die Felderzeugnisse eingeheimst waren, auf seinem, „des Klägers, Acker, der Breitenacker genannt, haben „weiden lassen, und solches auch darüber auf die an„grenzenden Felder getrieben haben."

Die erste der aufgeführten drei Eidesformeln kann zur Anwendung in Sachen des Adam Sauer und Genossen zu Heiligkreuzsteinach, Klägers, Appellanten, Ober-Appellaten gegen Nikolaus Kling allda, Beklagten, Appellaten, Ober-Appellanten, Wasserschöpfgerechtigkeit betreffend, in dem ersten Senate des Großherzoglichen Oberhofgerichts.

Die zweite hätte in der Rechtssache der Gemeinde Gallenweiler, Klägerin, Appellantin, Ober-Appellatin gegen Bürgermeister Schaub und Genossen allda, Beklagten, Appellaten, Ober-Appellanten, Haltung eines Wucherstiers betreffend, nach der oberhofgerichtlichen Ansicht zweiten Senats zum Beweise der unvordenklichen Verjährung von Seiten der Klägerin benützt werden sollen, und die dritte wurde in der Rechtssache des Joseph Butscher zu Großstadelhofen, Klägers, Appellatens, Ober-

Digitized by Google

Appellantens gegen die dortige Gemeinde, Beklagte, Appellantin, Ober-Appellatin, Uebertriebs- und Waidrecht betreffend, vom ersten oberhofgerichtlichen Senate ausgesprochen.

Die letztere Meinung wegen der Zulässigkeit des Nichtwissenheitseides nähert sich zunächst der Ansicht von Pufendorf und v. Savigny, mit dem Unterschiede, daß der Glaublichkeitseid nicht, wie diese vorgeschlagen haben, mit in den Unwissenheitseid aufgenommen werde, weil der Glaublichkeitseid (juramentum credulitatis) nach §. 7 der Eidesordnung weder zugeschoben, noch richterlich auferlegt werden darf. Auch soll nach der letztern Rechtsansicht bei dem Unwissenheitseid, welcher zum Beweis der unvordenklichen Verjährung angetragen wird, der im §. 10 der Eidesordnung vorgeschriebene Beisatz:

„daß der Delat sorgfältige Erkundigung und Nachsuchung aller Orten gethan, wo er habe vermuthen können, Nachricht zu erhalten, damit aber nichts zur Entscheidung Dienliches erfahren, und daher überall von dem befragten Satze keine Wissenschaft habe;"

wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Instituts der unvordenklichen Verjährung nicht anwendbar sein.

Unter diesen Umständen ist es gewiß sehr einleuchtend, daß wenn man blos einen Unwissenheitseid begehrt, und keine Rücksicht auf das Alter des Schwörenden nimmt, das Beweismittel des Eides bei der unvordenklichen Verjährung überaus gewagt und gefährlich erscheint, indem ein solcher leicht auch von einem gewissenhaften Gegner geleistet werden kann.

Dagegen ist der Eid, welcher nach der ersten Meinung den Beweis der unvordenklichen Verjährung herzustellen vermag, von größerem Umfange, mehr geeignet, das ganze Beweisthema zu erschöpfen, und deßhalb auch seine Ableistung für das Gewissen weit schwerer. Er ist im Sinne des §. 574 der Prozeßordnung ein Wahrheitseid (beziehungsweise ein Eid des Nichtwahrseins) und zugleich ein Nichtwissenheitseid. Ein Wahrheits- oder Gewißheitseid (juramentum veritatis) ist er für den Zeitpunkt vom Jahre 1810 an rückwärts wenigstens bis zum Jahre 1770, da aus eigener Wissenschaft geschworen wird — ein Nichtwissen- oder Unwissenheitseid (juramentum ignorantiae) in Bezug auf eine unbestimmte Zeit vor dem Jahre 1770, da die Handlungen und das Wissen der Rechtsvorfahren beschworen werden.

Daß nur ein solcher Eid zum Beweis der unvordenklichen Verjährung zugelassen werden sollte, dürfte hienach nicht wohl zu bezweifeln sein. Eine Folge hievon ist, wenn man dieser Ansicht beipflichtet, daß als Bedingung der Zulässigkeit des Eides bei der unvordenklichen Verjährung zugleich mit der Beweisantretung behauptet, und durch ein Geburtszeugniß nachgewiesen werde, daß der Delat das erforderliche Alter besitze, um den Eid auszuschwören, daß er nämlich am 1. Januar 1810 bereits 54 Jahre alt gewesen sei. Fehlt es an einer solchen Behauptung und Nachweisung, so kann auf die Beweisantretung durch den Eid keine Rücksicht genommen werden.

Hauptredacteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Zweites Abonnement auf das Staats-Lexikon.

Es ist von der Verlagshandlung **ein zweites Abonnement** auf das als **classisch** anerkannte, wahrhaft **deutsche Nationalwerk:**

Staats-Lexikon

oder

Encyclopädie der Staatswissenschaften,

herausgegeben von

C. v. Rotteck und **C. Welcker.**

gr. 8. Altona.

eröffnet.

Der Subscriptions-Preis ist nur à Heft 54 kr. — Alle 14 Tage erscheint **regelmäßig** ein Heft.

☞ Somit ist dem geehrten Publico Gelegenheit gegeben, sich billig in den Besitz eines Werkes zu setzen, das seiner hohen Wichtigkeit und seines belehrenden und belebenden Inhalts wegen, in keinem Hause fehlen sollte.

Nur Originalbeiträge von Männern wie: **Bülau, Mittermeier, Jordan, v. Rotteck, C. G. v. Wächter, Mohl, Heinr. Zschokke** u. s. w. zieren das Staats-Lexikon.

Altona, im April 1842. **Joh. Friedr. Hammerich**

Vorräthig bei **A. Bielefeld** in **Carlsruhe.**

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 25. Juni 1842.

Oberhofgericht.

Oberappellation auf den Grund der Nichtbeachtung des §. 1214 der Prozeßordnung von Seite des Hofgerichts.

(Augenstein gegen Kauz.)

A. belangte die K.'schen Ehegatten auf Bezahlung eines vom Rechtsvorfahrer des Klägers am 14. Mai 1838 erhaltenen Darlehens von 78 fl. Die Forderung wurde widersprochen und es wurde einwendend behauptet, daß am 17. August 1839 zwischen Kläger und Beklagten festgesetzt worden sei, es solle keiner an den andern etwas zu fordern haben. Der Unterrichter legte sofort dem Kläger den Beweis der Entstehung seiner Forderung, den Beklagten den Beweis ihrer Einrede auf, Kläger trat seinen Beweis mittelst Eideszuschiebung an. Die Beweisantretungsschrift wurde dem Beklagten mit der Verfügung zugestellt, sich binnen 14 Tagen über den zugeschobenen Eid, bei Vermeidung der Folgen der Eidesverweigerung, zu erklären. Nachdem dieser Eid ausdrücklich verweigert worden war, erließ der Unterrichter auf Anrufen des Klägers am 22. Juni 1840 ein Enderkenntniß dahin: Es sei der Eid für verweigert und seien die Beklagten für schuldig zu erklären, die eingeklagten 78 fl. binnen drei Wochen zu bezahlen. Das Urtheil wurde am 26. Juni 1840 verkündet. Am 30. Juni zeigte ein auswärtiger Anwalt Namens des Beklagten die Appellation an und bat, die Akten zu seiner Einsicht an das Untergericht seines Wohnorts abzusenden. Letzteres geschah und auf weiteres Anrufen des Klägers wurde durch amtlichen Beschluß vom 19. August 1840 die Appellation für verfallen erklärt. Am 13. Oktober übergab sodann ein anderer Anwalt für die Beklagten die Appellationsbeschwerdeschrift bei dem betreffenden Hofgerichte. Er bat darin für den Fall, daß die Zustellung der Verfallenerklärung an die Beklagten vor mehr als acht Tagen geschehen sein sollte, um Widerherstellung und zwar deßhalb, weil

a. der Unterrichter die Vorschriften des Verfahrens dadurch verletzt habe, daß er auf die Appellationsanzeige nicht die Akten an die Kanzlei des Obergerichts abgesendet habe, und

b. weil ein Verschulden des zur gehörigen Zeit bestellten ersten Anwalts des Beklagten vorliege, indem derselbe den übernommenen Auftrag, zu Ausführung der Appellation, nicht vollzogen habe. Hierwegen wird weiter behauptet, hätten die Beklagten noch nicht seit vierzehn Tagen Kenntniß davon, daß die Beschwerdeschrift nicht eingereicht worden sei, und seien zu Ausschwörung des Restitutionseids erbötig.

Der Anwalt stellt dann die Beschwerde in der Hauptsache wegen der Verurtheilung im Allgemeinen und noch eine besondere Beschwerde dahin auf, daß der Unterrichter, ohne in seinem Beweisdekrete ein Präjudiz anzudrohen†), das Endurtheil mit Umgehung des dem Beklagten auferlegten Beweises erlassen und dadurch die Vorschriften des Verfahrens verletzt habe. Es wird dann dieser Beweis nachträglich angetreten und dem Kläger noch die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation entgegengesetzt.

---

†) Im abgekürzten Verfahren, in welchem der Beweis schon von freien Stücken hätte angetreten werden sollen, war die Androhung eines besondern Rechtsnachtheils nach Artikel 7 der Prozeßnovelle nicht nothwendig.

Nachdem das Hofgericht die Urkunde über Zustellung der Verfallenerklärung erhoben hatte, erkannte dasselbe in geheimer Sitzung:

„Es sei die von den Beklagten auf den Grund des Versäumnisses ihres frühern Anwalts gegen die Verfallenerklärung des Amts vom 19. August nachgesuchte Wiederherstellung als unbegründet zu verwerfen."

Die Motive bestanden darin:

1) daß in der Beschwerdeschrift zugestanden worden, die Appellation sei in der gesetzlichen Frist nicht ausgeführt worden, weßhalb es einer Beurkundung der Hofgerichtskanzlei nicht bedürfe;
2) daß deßhalb die auf Antrag des Klägers am 19. August ausgesprochene Verfallenheitserklärung der angezeigten Appellation rechtsgültig geschehen sei, und da das deßfallsige Dekret laut Insinuationsschein des Gerichtsboten am 22. August zugestellt wurde, die Beklagten schon damals von der Versäumniß ihres frühern Anwalts Kenntniß erhalten hätten;
3) daß die Beschwerdeschrift erst nach Ablauf von fast acht Wochen nach Zustellung des gedachten Dekrets eingereicht und nach Inhalt der Vollmacht des neuen Anwalts, dieser erst beiläufig sechs Wochen nach jener Zustellung beauftragt worden, also die Voraussetzung des Art. 1 der Prozeßnovelle zur Wiederherstellung ex culpa advocati nicht vorhanden sei.

Gegen diesen Beschluß remonstrirte der appellantische Anwalt, weil er in geheimer Sitzung erlassen worden sei, mit dem Beifügen: Falls er gemäß §. 1214 der Prozeßordnung zu Nachweisung der Rechtzeitigkeit würde vorgeladen worden seln, so wäre er im Stande gewesen, nachzuweisen, daß die Deserterklärung des Amtes nichtig und nicht einmal zugestellt worden und die Beschwerdeschrift mit eventueller Restitutionsbitte rechtzeitig eingekommen sei. Er bat, das Dekret vom 7. Januar zurück zu nehmen und entweder die Beschwerdeschrift zur Vernehmlassung zu geben, oder ihn zu Nachweisung der Rechtzeitigkeit in die öffentliche Gerichtssitzung vorzuladen. —

Da diesem Gesuche nicht entsprochen wurde, so erfolgte die Ausführung der Oberappellation. In der Beschwerdeschrift trug der Oberappellant vor.

„Die Oberappellationssumme ist zwar nicht vorhanden. Allein da die Beklagten sich wegen der von dem Richter der II. Instanz verletzten Vorschriften des Verfahrens beschwert finden, so erscheint nach §. 1177 der Prozeßordnung das Rechtsmittel als zulässig." —

„Die Beschwerde besteht darin, daß das großherzogliche Hofgericht auf die Appellationsbeschwerdeschrift und eventuelle Restitutionsbitte in geheimer Sitzung Entscheidung erließ, während der Libell zur Vernehmlassung hinausgegeben und dann Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung in öffentlicher Gerichtssitzung hätte anberaumt werden sollen, oder wenn das Hofgericht die Rechtzeitigkeit der eingeführten Appellation in Zweifel gezogen hätte, der Anwalt in die nächste Gerichtssitzung zu mündlicher Nachweisung der Rechtzeitigkeit hätte vorgeladen werden sollen. Dadurch, daß das Hofgericht weder das Eine, noch das Andere gethan, sondern die Sache in geheimer Sitzung verhandelt und entschieden hat, hat dasselbe die Vorschriften des Verfahrens offenbar verletzt."

„Ich bitte, die Entscheidung des Hofgerichts vom 7. Januar aufzuheben und diesem Gerichtshofe aufzugeben, über die eingereichte Appellationsbeschwerdeschrift und eventuelle Restitutionsbitte ordnungsmäßige Verhandlung, d. h. Verhandlung in öffentlicher Gerichtssitzung zu pflegen und auf den Grund dieser öffentlichen und mündlichen Verhandlung Urtheil zu erlassen."

Bei Entscheidung über dieses Rechtsmittel der Oberappellation entstand eine Meinungsverschiedenheit. Die Minorität des Votanten beantragte, dasselbe für unzulässig zu erklären, die Majorität entschied dagegen dahin, daß das hofgerichtliche Erkenntniß zu bestätigen sei. —

Die Gründe der Erstern bestanden darin.

„Wenn auch das großherzogliche Hofgericht durch seinen Beschluß vom 7. Januar d. J. nur die in der Appellationsbeschwerdeschrift gebetene Wiederherstellung verwarf, so hat es doch hiedurch der That nach zugleich die Appellation selbst wegen Verspätung als unzulässig erklärt. Eine solche Entscheidung durfte nun nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 1214 der Prozeßordnung nur nach geschehener Vorladung des Appellanten in die öffentliche Gerichtssitzung ergehen. †) Die Behandlung der Sache,

†) Mir scheint, daß die Vorschrift des §. 1214 gar nicht hieher zu beziehen sei. In den Fällen des §. 1214 wird der Appellant

wie sie hier vorliegt, enthält daher eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, welche möglicher Weise materiell beschwerend sein kann, da dem Appellanten die vom Gesetze ihm gegebene Gelegenheit, durch noch nicht vorgetragene Gründe und etwaige Beweise den Richter von der Zulässigkeit des Rechtsmittels zu überzeugen, abgeschnitten wurde."

In Fällen dieser Art ist bezüglich auf §. 1177 der Prozeßordnung auch beim Mangel der Oberappellationssumme ein Rechtsmittel gegen hofgerichtliche Erkenntnisse im Allgemeinen zulässig.

Allein da das großherzogliche Hofgericht über die Zulässigkeit der gebetenen Wiederherstellung und Folgeweise des Rechtsmittels der Appellation selbst definitiv entschieden hat, und diese Entscheidung über die Frage, ob das unterrichterliche Urtheil im Wege der Appellation noch angefochten werden dürfe, als Enderkenntniß zu betrachten ist, so wäre nach §. 1224 der Prozeßordnung über eben diese Frage auch vom obersten Gerichtshofe zu erkennen, und es dürfte diejenige Prozeßhandlung, durch deren Unterlassung das Verfahren verletzt wurde, nicht dem Richter der vorigen Instanz übertragen, sie müßte vielmehr vom obersten Gerichtshofe selbst vorgenommen werden. Erst nach Ergänzung des Verfahrens könnte der jetzt angegangene Gerichtshof ermessen, ob durch die fragliche Verletzung des Verfahrens auch ein materieller Nachtheil zugefügt worden, ob die hofgerichtliche Entscheidung selbst überhaupt beschwerend (Prozeßordnung §. 1176 Abs. 3) für den Oberappellanten sei.

Damit jedoch der oberste Gerichtshof in der Lage sich befände, die Frage: ob eine materiell beschwerende Verfügung in der frühern Instanz ergangen sei? seiner Beurtheilung zu unterwerfen, wäre nothwendig, daß der Oberappellant auch in dieser Beziehung eine Beschwerde aufgestellt und ein Erkenntniß nachgesucht hätte. Beides ist nun nicht der Fall. Die Beschwerde wurde ausschließlich darein gesetzt, daß vom großherzoglichen Hofgericht in geheimer Sitzung erkannt wurde, und das Sachgesuch besteht darin, die betreffende hofgerichtliche Verfügung aufzuheben und das großherzogliche Hofgericht anzuweisen, nach gepflogenen mündlichen Verhandlungen in öffentlicher Sitzung einen neuen Bescheid zu ertheilen.

Da hiernach nicht zugleich die Entscheidung über ein erlittenes materielles Unrecht an den obersten Gerichtshof devolvirt werden will, so erscheint das Begehren des Oberappellanten, und damit das von ihm ergriffene Rechtsmittel selbst, als unzulässig."

Die Majorität nahm dagegen an: dadurch, daß bei Aufstellung der Beschwerde gesagt sei: „der Libell hätte zur Vernehmlassung hinausgegeben werden und dann Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung angeordnet werden sollen, wolle der Oberappellant zugleich über die Versagung der Ladung auf die Appellationsbeschwerde selbst gravaminiren und dieses sei seine materielle Beschwerde; es müsse daher untersucht werden, ob das Hofgericht mit Recht die Ladung verweigert habe. In dieser Beziehung rechtfertige sich die Entscheidung theils durch die hofgerichtlichen Motive, theils dadurch: daß der Inhalt der Specialvollmacht zu Annahme des Restitutionseides der frühern Behauptung des appellantischen Anwalts, daß das Versäumungserkenntniß (vom 19. August) nicht zugestellt worden sei, geradezu widerspreche; und daß aus jener Vollmacht sich nicht einmal ergebe, daß noch im Laufe der Wiederherstellungsfrist nach Zustellung der Desertoria der frühere Anwalt zur nachträglichen

---

vorgeladen, um die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels nachzuweisen. Dies setzt voraus, daß der Appellant das Rechtsmittel auch als rechtszeitig eingeführt dargestellt oder behandelt habe. Hier soll ihm nun Gelegenheit gegeben werden, die Rechtzeitigkeit, die in der Beschwerdeschrift meistentheils nur oberflächlich berührt wird, dem Oberrichter mündlich auseinander zu setzen und darzuthun.

Wird aber die Appellation gar nicht als eine rechtzeitige eingeführt, vielmehr in der Beschwerdeschrift selbst zugegeben, daß sie verspätet sei, daß nämlich die Fristen der §§. 1187, 1195 und 1203 nicht eingehalten wurden, und wird deßhalb nach den §§. 1204 oder 1205 auf den Grund einer Krankheit, Abwesenheit oder höhern Gewalt um Wiederherstellung nachgesucht, so bedarf es einer Vorladung nach §. 1214 nicht, der Appellant kann und will keine Rechtzeitigkeit nachweisen, er erklärt die Appellation selbst als verspätet oder nicht rechtzeitig, und begründet eben deßwegen ein Wiederherstellungsgesuch.

Für solche Fälle schreibt der §. 673 a. (Nov. Art. 6) das Verfahren anders vor. Das Wiederherstellungsgesuch wird entweder sofort (also ohne vorherige Vorladung nach §. 1214) als ungegründet verworfen, oder es wird andernfalls im abgekürzten Verfahren (mit dem Appellaten) darüber verhandelt. Der §. 1214 findet also hier keine Anwendung. D. Red.

Einführung der Appellation aufgefordert worden sein solle und nachher ohne weiteres Verschulden der Partei die Wiederherstellungsfrist versäumt habe."

Gegen diese Entscheidung ließe sich in formeller Beziehung noch Folgendes erinnern.

Will bei mangelnder Obeeappellationssumme auf den Grund einer, dem Appellationsgerichte zu Last gelegten Verletzung dee Vorschriften des Verfahrens ein weiteres Rechtsmittel eingeführt werden, so gehört zu dessen Begründung:

1) die Anführung der fraglichen Verletzung des Verfahrens und
2) die Behauptung, daß die Entscheidung selbst eine Beschweede enthalte, deren Grund in jener Verletzung beruhe, oder mit andern Woeten, daß in materieller Beziehung unrecht erkannt, dieses Unrecht aber gerade durch die Verletzung des vorgeschriebenen Verfahrens herbeigeführt worden sei. Prozeßordnung §. 1175, Absatz 3.

Nimmt man nun im vorliegenden Falle mit der Majoeität an, es sei die Beschweede im Oberappellationslibelle ordnungsmäßig und vollständig aufgestellt worden, so würde das oberste Gericht auf obige Verhandlung noch nicht in der Lage gewesen sein, durch Bestätigung des hofgeeichtlichen Erkenntnisses eine definitive Entscheidung in der Hauptsache zu ertheilen. Denn da es das Dasein einer Verletzung des Verfahrens anerkannte, so hätte es gemäß §. 1224 der Prozeßordnung vorerst dasjenige, was in dem hofgerichtlichen Verfahren als mangelhaft befunden worden war, verbessern lassen müssen. Es hätte nämlich, an der Stelle des Hofgerichts, den oberappellantischen Anwalt nach §. 1214 vorladen müssen, um nachzuweisen, daß der Appellationslibell rechtzeitig eingekommen sei. So lange diese, dem Hofgerichte obgelegene speeielle Vorladung nicht erfolgt war, blieb das Verfahren immer noch in dem Zustande der Unvollständigkeit, in welchem es zur Zeit der hofgerichtlichen Entscheidung sich befand, und es machte sich der Oberrichter, wenn er dessen ohngeachtet ein Erkenntniß darüber ertheilte: ob die Ladung auf die Appellationsbeschwerdeschrift mit Recht versagt wurde, gerade der nämlichen Verletzung der Vorschriften des Veefahrens theilhaft, die er bei dem Appellationseichter voraussetzte.

Jene specielle Auffoederung würde ohnehin schon deßhalb nothwendig sein, und kann durch die allgemeine Ladungsverfügung auf die Oberappellationsbeschwerdeschrift nicht für ersetzt gelten, weil der zu Begründung der Rechtzeitigkeit der Appellationseinführung Vorgeladene befugt ist, zu diesem Zwecke sowohl neue Thatsachen, als neue Beweise beizubringen, während solches in der Oberappellationsbeschwerdeschrift und in dem ihr nachgefolgten mündlichen Vortrage über das Rechtsmittel der Oberappellation, sowohl nach §. 1233 als nach §. 1242 der Prozeßordnung als unzulässig erscheint; der Oberappellant also in dritter Instanz keine Gelegenheit hätte, vor den ihm etwa zu Gebote stehenden, in den Akten der frühern Instanz noch nicht niedergelegten, zu Begründung der Zulässigkeit der Appellation dienlichen Momenten Gebrauch zu machen; es sei denn, daß er dazu vom Richter besonders aufgefordert wurde.

Es ist dieser Fall dem Beweisverfahren einigermaßen analog. Hat ein Unterrichter umgangen, über entscheidende Anführungen einer Partei ein Beweiserkenntniß zu erlassen oder im abgekürzten Verfahren den Art. 7 der Prozeßnovelle in Anwendung zu bringen, so kann der Oberrichter, wenn er den betreffenden Vortrag für begründet aber nicht für bewiesen erachtet, die Beweisauflage deßhalb nicht umgehen, weil er unterstellt, der Beweispflichtige werde den Beweis doch nicht liefern können, wenn man ihn auch dazu auffordern sollte.

Die Vorladung zu Begründung der Rechtzeitigkeit ist aber gerade eine Art von Beweisauflage, hinsichtlich welcher nur die Form der Behandlung vom gewöhnlichen Beweisverfahren abweicht. —

Uebrigens dürfte es wohl zulässig sein, in einem Falle, wie der hier behandelte, bei Verfügung der Ladung auf die Oberappellationsbeschwerdeschrift, zugleich dem Oberappellanten aufzugeben, in der zur Verhandlung seines Rechtsmittels angeordneten Tagfahrt auch die Rechtzeitigkeit der Einführung der Appellation, beziehungsweise des die Einführung derselben motivirenden Wiederherstellungsgesuchs nachzuweisen. Kirn.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des zehnten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1842, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die veerehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Foetsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt. Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 2. Juli 1842.

I.

Von dem Abzugsgefälle oder der Nachsteuer.

Bemerkungen über den jetzigen Stand der Großherzoglich-Badischen Gesetzgebung in Betreff dieses Gefälles und über die Nothwendigkeit einer Verbesserung derselben.

§. 1.

In der 14. öffentlichen Sitzung der II. Kammer der Ständeversammlung vom 21. April 1837 kam von der Kommission, welche das Gesetz über die Aufhebung alter Abgaben vorberathen hatte, ein Antrag auf eine Adresse an S. K. H. um einen Gesetzentwurf zur Vervollständigung der Gesetzgebung über Aufhebung alter Abgaben zur Diskussion, und bei diesem Anlasse auch das Abzugsgefälle oder die Nachsteuer zur Sprache, indem der Abgeordnete Welcker sich über diese Steuer und gegen deren Fortbestehen erklärte *).

Freiherr von Blittersdorf äußerte darauf, daß die Nachsteuer fast nirgends mehr bestehe. Dieser Gegenstand wurde dann verlassen, und, wie es scheint, seither in der Ständeversammlung nicht mehr angeregt.

Es fragt sich nun, wie das „fast nirgends" zu verstehen sei? Ich versuche die Antwort hierauf.

§. 2.

Für alle Staatsangehörige, nicht nur für die unmittelbar landesherrlichen sondern auch für alle standes- und grundherrlichen Unterthanen geltende Freizügigkeit bestehet:

a) gegen alle Staaten des Deutschen Bundes in Folge Beschlusses der Deutschen B. Vers. v. 23. Juni 1817, verkündigt durch das Reg. Bl. XXI. v. 2. Sept. dess. J. S. 77;

b) gegen Frankreich nach Verträgen v. 4. Okt. und 29. Nov. 1808, Reg. Bl. dess. J. XXXIII. S. 275 und XXXIX. dess. J. S. 307, Erläut. Reg. Bl. XXI. v. J. 1819.

§. 3.

In Beziehung auf alle übrigen Staaten der Erde haben die Badener in Betreff des Abzuges oder der Nachsteuer ungleiche Rechte, und theilen sich in 3 Klassen:

I. Unmittelbar landesfürstliche Unterthanen,

II. Standesherrliche Unterthanen der Fürsten von Löwenstein-Wertheim,

III. Die übrigen standes- und grundherrlichen Unterthanen.

§. 4.

I. Klasse. Unmittelbar landesfürstliche Unterthanen.

Diese haben Abzugsfreiheit gegen viele andere Staaten (außer dem Deutschen Bunde und Frankreich) und zwar entweder kraft besonderer Freizügigkeitsverträge oder vermöge des Grundsatzes der Reciprocität. Sie sind nämlich ferners abzugsfrei bei Wegzügen

c) nach den nicht zum Deutschen Bunde gehörigen königlich-Preußischen Provinzen West- und Ostpreußen und Posen, nach der Bekanntmachung v. 13. Febr. 1812 im Reg. Bl. Nr IX. v. 29. dess. M. S. 52;

*) Ausführlich erklärt sich Welcker darüber in seiner Abhandlung in dem a. 1834 erschienenen I. Bd. des von Rotteck und ihm herausgegebenen Staatslexikons unter der Rubrike „Abfahrt" S. 58—66.

d) nach den außer dem Deutſchen Bunde gelegenen kaiſerlich-Oeſterreichiſchen Staaten: Gallizien und Lodomirien nebſt Bukowina, Hungarn, Slavonien, Croatien und der Militärgrenze, Siebenbürgen, Dalmatien, und dem Lombardiſch-Venetianiſchen Königreiche; nach den Verträgen und Bekanntmachungen, welche in der Erläuterung v. 7. Juli 1825 Reg. Bl. Nr XIV. v. 15. deſſ. M. S. 107 angeführt ſind;

e) nach der Schweiz, zufolge Vertrags v. 6. Febr 1804, Reg. Bl. Nr. XXXIII. v. 4. Sept. deſſ. J. S. 149, dem nach und nach alle Cantone beigetreten ſind laut Bekanntmachungen v. 23. Febr. 1811, Reg. Bl. Nr. IV. v. 26. deſſ. M. S. 16, v. 7. Januar 1820 Reg. Bl. Nr. II. deſſ. J. S. 15, und 24. Febr. 1821 Reg. Bl. Nr. V. v. 9. März deſſ. J. S. 38 Artikel IV.;

f) nach den Niederlanden vermöge des Grundſatzes der Reciprocität, weil die Niederländiſche Regierung den Abzug blos retorſionsweiſe, und ſonſt nicht zu beziehen pflegt, nach Kundmachung durch das Karlsruher Anzeigeblatt Nr. 96 v. 30. Nov. 1816 S. 703, dann durch das Freiburger Anzeigeblatt von 1817 S. 43 und 1818 S. 961;

g) nach Dänemark kraft Vertrags v. 16. Nov. 1792, verkündiget im Wochenblatte Nr. 50, und nach Verordnung v. 22. Aug. 1810 im Reg. Bl. XXXIV. v. 25. deſſ. M. S. 265, insbeſondere nach Artikel 3 derſelben;

h) nach Rußland vermöge Uebereinkunft, welche unterm 20. März 1825 durch das Reg. Bl. Nr. VI. v. 21. April deſſ. J. S. 23 bekannt gemacht und unterm 4. Dez. 1826 durch Reg. Bl. Nr. XXIX. v. 9. deſſ. M. S. 204 erläutert wurde;

i) nach dem Königreich Griechenland vermöge Vertrags, verkündiget unterm 20. Febr. 1835 durch Reg. Bl. Nr. IX. v. 25. deſſ. M. S. 53;

j) nach den Nordamerikaniſchen Freiſtaaten vermöge des Grundſatzes der Reciprocität, weil in dieſen Staaten von dem Vermögen, welches weggezogen wird, weder Abzug noch eine andere ähnliche Abgabe bezogen wird, nach Miniſterial-Erlaß v. 26. Aug. 1817 im Reg. Bl. Nr. XXI. v. 2. Sept. deſſ. J. S. 80;

k) nach allen übrigen Staaten, von welchen noch weiters der Nachweis beigebracht wird, daß ſie keinen Abzug, oder ſolchen nur retorſionsweiſe, beziehen, vermöge des Grundſatzes der Reciprocität, welcher ſchon durch Markgräfliche Verordnungen v. 14. Mai 1785 (Wochenblatt Nr. 23) und v. 15. Sept. 1786, dann allgemeiner durch die Verordnung v. 23. Nov. 1793 (Wochenblatt Nr. 51), u. 1810 aber durch die Artikel 1, 4 und 5 der Großherzoglichen Verordnung v. 22. Aug. Reg. Bl. XXXIV. v. 25. deſſ. M. ausgeſprochen wurde.

l) Ueberall hin bleibt ein nicht über 300 fl. betragendes Vermögen vom landesherrlichen Abzuge frei nach dem Freiburger Anzeigeblatt vom J. 1820 S. 257.

§. 5.

II. Klaſſe. Standesherrliche Unterthanen der Fürſten von Löwenſtein-Wertheim.

In der Großherzoglichen Verordnung v. 14. März 1833, Reg. Bl. Nr. XI. v. 25. deſſ. M. S. 47—53, über die Standesherrlichen Rechtsverhältniſſe der Fürſten von Löwenſtein-Wertheim, lautet (S. 52) der §. 23, wie folgt:

„Rückſichtlich ihrer Beſitzungen bleiben den fürſtlichen Standesherren alle diejenigen Rechte, welche aus ihrem Eigenthum und deſſen ungeſtörtem Genuſſe herrühren, und nicht zu der Staatsgewalt und den höhern Regierungsrechten gehören.“

Unter die ſo beſtimmten Rechte läßt ſich die Nachſteuer ihrer Natur nach nicht einreihen. Aber es heißt dann in dieſem §. weiter:

„Der Gefälle-, Schulden- und Diener-Ausſcheidung ſind die in dem angebogenen Auszuge der königlich-Baieriſchen Verordnung vom J. 1807 erſichtlichen Grundſätze als Baſis und Norm zu unterlegen.“

Als Beilage zu dieſem §. folgt dann (S. 54 des Reg. Bl.) ein Auszug aus der königlich-Baieriſchen Declaration v. 19. März 1807 Lit. H. — K. Unter H. kommt in Nr. 6 vor:

„Die Nachſteuer verbleibt den mediatiſirten Herren, jedoch nur gegen auswärtige Staaten, mit welchen keine Freizügigkeitsverträge geſchloſſen ſind.“

Da nun die Nachſteuer unter den in §. 23 beſtimmten Rechten ihren Platz nicht finden konnte, indem ſie zu einer höhern Rechtsordnung gehört, ſo wurde ihr ein eigener §. gewidmet, und zwar, nachdem in §. 20 von den Pfarr-, Schul- und Stiftungspatronaten gehandelt worden, der §. 21, der ſo lautet:

Digitized by Google

„Es verbleibt denſelben ferner der Bezug der Nachſteuer gegen alle nicht zum Deutſchen Bunde gehörige Staaten, mit welchen keine Freizügigkeitsverträge geſchloſſen ſind.“

Hiernach ſind die fürſtlichen Standesherrſchaften von Löwenſtein-Wertheim an die zwiſchen dem Großherzogthum und andern Staaten beſtehenden Freizügigkeitsverträge gebunden, und ihre Unterthanen (etwas über 1½ pCt. der Geſammtbevölkerung des Staates) ſtehen gegen die unmittelbar landesherrlichen Unterthanen (o a 71⅞ pCt. der Geſammtbevölkerung) nur darin zurück, daß auf ſie nicht in Anwendung kommt:

1) der Grundſatz der Reciprocität,

2) die Freiheit der Vermögenswegzüge, deren Betrag nicht 300 fl. überſteigt.

Denn ſo viel es 1) den Grundſatz der Reciprocität betrifft, iſt derſelbe nach Artikel 1 der Verordnung v. 22. Aug. 1810 (Reg. Bl. Nr. XXXIV. v. 25. desſ. M. S. 265) nur in ſo weit anwendbar, als er die landesherrliche oder Staatskaſſe berührt. Daß dagegen den Standes- und Grundherren der Bezug der Nachſteuer bei den Auswanderungen nach den Nordamerikaniſchen Freiſtaaten nicht entzogen ſei, ſagt ausdrücklich eine Kundmachung v. 20. April 1841 im Reg. Bl. Nr. XIV. v. 15. Mai desſ. J. S. 135.

Daß 2) die Nachſteuerfreiheit eines Vermögens, welches 300 fl. nicht überſteigt, blos die Fälle angehe, in welchen die Staatskaſſe den Abzug zu beziehen hätte, iſt bei der Kundmachung dieſer Milderung geſagt.

Mit der durch die Großherzogliche Verordnung v. 14. März 1833 ausgeſprochenen Anwendbarkeit der beſtehenden Freizügigkeitsverträge auf die fürſtlich-Löwenſtein-Wertheimiſchen Unterthanen ſtehet jedoch der Wortlaut der Freizügigkeitsverträge ſelbſt nicht in Harmonie. Denn nicht nur jeder der vor 1833 abgeſchloſſenen Freizügigkeitsverträge (der mit Frankreich ausgenommen), ſondern auch der ſpätere von 1835 mit Griechenland (Reg. Bl. Nr. IX. S. 53) hebt die Nachſteuer nur auf, „ſo weit die beiderſeitigen Staatskaſſen ſolche zu beziehen gehabt.“

Uebrigens wurde zwar auch auf den Fürſten von Leiningen die königlich-Baieriſche Declaration v. 19. März 1807 durch die Großherzogliche Verordnung v. 22. Mai 1833 Reg. Bl. XXV. in Anwendung gebracht; aber dieſe Verordnung wurde nicht geltend gemacht, und ſpäter mit dem fürſtlichen Hauſe über Regulirung ſeiner ſtandesherrlichen Verhältniſſe Unterhandlung gepflogen, in deren Folge eine neue Feſtſtellung ſeiner Rechte v. 22. Mai 1840, Reg. Bl. XXV. S. 177—186 erſchien, worin von der Anwendung der königlich-Baieriſchen Declaration keine Rede mehr iſt.

§. 6.

III. Klaſſe. Die übrigen ſtandes- und grundherrlichen Unterthanen.

Wenn die Löwenſtein-Wertheimiſchen Unterthanen in Beziehung auf die Nachſteuer eine beſondere Klaſſe bilden, ſo bleiben hier noch übrig die ſtandesherrlichen Unterthanen der Markgrafen von Baden, der Fürſten von Fürſtenberg, von Leiningen und von der Leyen, ferners der Grafen von Leiningen-Billigheim- und Neudenau, endlich die Unterthanen in den grundherrlichen Orten (zuſammen nahe an 27 pCt. der Bevölkerung des ganzen Landes).

Dieſe ſind zwar beim Zuge in einen der Staaten des Deutſchen Bundes oder nach Frankreich abzugsfrei; beim Zuge in jeden andern Staat aber der Nachſteuer unterworfen, ohne Rückſicht auf die Geringheit des Vermögens, und ohne daß Freizügigkeitsverträge oder der Grundſatz der Reciprocität auf ſie in Anwendung kämen.

In J. H. den Markgrafen von Baden vermuthe ich jedoch den Sinn Ihres allverehrten Vaters Karl Friederichs, der von 1771 an, zuerſt im Innern ſeines Gebietes den Abzug aufhob, dann eine große Menge Freizügigkeitsverträge mit andern Staaten in und auſſer Deutſchland abſchloß, und ſo bis an das Ende ſeines wohlthätigen Lebens die Bezugsfälle der Nachſteuer zu mindern ſtrebte. Solchen ererbten Sinn bewieſen J. H. die Markgrafen, da dieſelben, ſobald vor 24 Jahren Markgraf Maximilian das Alter der Volljährigkeit erreicht hatte, ihren Unterthanen in der Herrſchaft Zwingenberg die ſ. g. Leibeigenſchaftsabgaben für immer erließen — 3 Jahre vor der allgemeinen Aufhebung ſolcher Abgaben.

Aehnlichen Sinn würde ich gerne auch bei S. D. dem Fürſten zu Fürſtenberg vermuthen, der ſo oft Beweiſe ſeines humanen und milden Gemüthes gegeben hat. — Wie aber ſeine Domanialkanzlei in Betreff des Abzugsgefälles ſich zu benehmen im Falle iſt, war neuerlich in den Anzeigeblättern für den Seekreis Nr. 20, Nr. 21 und Nr. 22

v. 9., 12. und 16. März 1842 S. 162, 163, 174 und 175, 187 und 188 (so wie in den Beilagen zur Karlsruher Zeitung Nr. 66, 68, 69, 76, 88, S. 446, 458, 466, 516, 587) zu lesen, wo in Sachen der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg Klägerin gegen Konrad Strobel von Wolterdingen Beklagten, Abzugsgebühren betreffend, das Urtheil des Bezirksamts Hüfingen nebst Entscheidungsgründen wegen Abwesenheit des Beklagten öffentlich verkündiget, dann der Verurtheilte auf weitere standesherrliche Klage öffentlich vorgeladen wurde. Vor wenig Tagen erschien in dieser Sache noch ein Versäumniß-Erkenntniß im Anzeigeblatt Nr. 36 und 37 v. 4. und 7. Mai S. 311 und 322.

Uebrigens sind die 3 Fürstenbergischen Städte des Kinzigthals: Haslach, Hausach und Wolfach (1/30 pCt. der Gesammtbevölkerung des Staats) herkömmlich überallhin abzugsfrei, und wurden auch von dem unvergeßlichen Karl Friederich im J. 1787 †) mit einem Freizügigkeitsvertrage beehrt, wie das Markgräflich-Badische Wochenblatt Nr. 25 desselben Jahres zeigt.

Vielleicht gibt es noch andere einzelne Orte in den standesherrlichen Bezirken und in den Grundherrschaften, die sich gleicher Freiheit zu erfreuen haben.

§. 7.

Hiemit hätte ich die in §. 1 aufgestellte Frage beantwortet, so weit es mir nach öffentlichen Nachrichten möglich war.

Es gehet aus vorstehender Darstellung eine auffallende, dem Rechtssinne widerstrebende, Ungleichheit in der Behandlung der Großherzoglichen Staatsangehörigen hervor.

Wer nichts von der Geschichte unseres Staates und seiner Theile wüßte, würde nicht begreifen, wie eine solche Ungleichheit möglich wäre, besonders da alle Badener nach gleichen Regeln zu den Mitteln wie zur Vertheidigung des Staates beitragen. Die Geschichte erklärt wohl die Entstehung dieser Ungleichheit, liefert aber keine Rechtfertigungsgründe für deren Fortdauer.

In mehrern bisherigen Auswanderungsfällen haben die aus standesherrlichen Orten Fortziehenden mit Auswanderern aus unmittelbar landesherrlichen Orten ihrer Nachbarschaft die Reise angetreten. Diese zogen frei fort; jene mit dem Verluste von 1/10 ihres Vermögens. Dabei vergrößerte die wahrgenommene Ungleichheit und das dadurch verletzte gemeine Rechtsgefühl den Schmerz über den harten Verlust. Eben diese Ungleichheit erbitterte auch ihre zurückgebliebenen Verwandten. Und welches Gemüth müßte der haben, der an ihren Empfindungen nicht Theil nähme?

§. 8.

Es ist aber auch ferners nicht zu begreifen, wie Standes- oder Grundherren auf Personen und Eigenthum der Ortssaßen im Umfange ihrer Herrschaften ein solches Recht haben können, um einen Theil des Vermögens derselben, wenn es in einen fremden Staat (ausser Deutschland nnd Frankreich) gehet, sich zueignen zu dürfen; besonders da es nicht in ihrer Gewalt ist, den Wegzug zu hindern oder zu erlauben, und da es in unserem Staate keine Leibeigenschaft und keine Hörigkeit (keine glebae adscriptio) mehr gibt.

Nur wo der Staat das Abzugsgefälle beziehet, kann dieses als staatsrechtlich, als eine Art Steuer, etwa wie ein Ausgangszoll (ein Retorsionszoll), betrachtet werden. Diese Betrachtungsweise paßt aber nicht auf das von Standes- und Grundherren bezogene Gefälle. In solchen Händen erscheint es als ein privatrechtliches Gefälle, und zwar als ein solches, dessen Entrichtungspflicht nicht durch den Besitz einer gewissen Liegenschaft bedingt ist. (wie z. B. Gülten und Erbzinse). Denn viele Auswanderer haben nie Liegenschaften besessen, und diejenigen, welche solche besaßen, nehmen sie ja nicht mit sich fort.

Die Pflicht, den Abzug an eine Standes- oder Grundschaft zu bezahlen, ist blos durch das Ortssaßenrecht in einer standes- oder grundherrlichen Gemarkung bedingt, wie es nach Landrechtzusatz 710 g a die s. g. Grundpflichtigkeiten sind, wozu nebst den Baun- und Herrenfrohndpflichten die Erbpflichtigkeit gehört. Erbpflichtigkeit ist bekanntlich der Name, welchen das VI. Constitutionsedikt v. 4. Juni 1808 (Reg. Bl. dess. J. Nr. XVIII. und XIX.) in §. 18 statt der ehemaligen Benennung „Leibeigenschaft" eingeführt hat, von der man sagte: „Die Luft macht leibeigen."

Zu den aus der Erbpflichtigkeit herrührenden Abgaben gehörte die Mannmission oder Erbentlassungsgebühr. Mit derselben ist die Nachsteuerabgabe an

†) 19 Jahre, ehe sie unter die Groß. Badische Regierung kamen.

Standes- oder Grundherren vollkommen gleichartig. Nur ist diese in der Regel härter als es jene war. Denn diese bestehet gewöhnlich in 1/10 des Vermögens; jene betrug meistens nur 5 oder 6 pCt., und nur in 17 mir bekannten Ortschaften war sie härter.

Da nun mit den übrigen Erbpflichtigkeitsabgaben die Manumissionsgebühr schon seit 21 Jahren gesetzlich aufgehoben ist; so sollte auch das mit ihr gleichartige Abzugsgefälle nicht mehr bestehen, und die Nachsteuer nur noch unter einem staatsrechtlichen Gesichtspunkte als Abgabe an den Staat vorkommen können.

§. 9.

Wollte man jedoch dieses Gefälle als eine vom Staate den Standes- und Grundherren in gewissen Bezirken und Orten übertragene Steuer betrachten; so würde auffallen, daß diese Herren es nach andern Regeln beziehen als der Staat, in Fällen nämlich, wo der Staat selbst nach Freizügigkeitsverträgen und vermöge des Grundsatzes der Reciprocität die Steuer gar nicht beziehen würde. Man kann dem Gedanken an eine Steueranweisung auf den Beutel eines Theiles der Badener für Fälle, in welchen der Staat selbst keine Steuer zu erheben hätte, keinen Raum geben. Sie wäre die Uebertragung einer gar nicht bestehenden Steuer, folglich ein Absurdum.

§. 10.

Auch hat das Verhältniß, in welches die Standes- und Grundherren durch den Bezug dieses Gefälles zu dem Auslande gestellt werden, etwas Unschickliches; indem sie dadurch gleichsam als Repräsentanten eigener Staaten erscheinen.

Endlich gibt ferners dieses Verhältniß zu unehrenhaften Vorgängen Anlaß, wie aus der Gegeneinanderhaltung von zwei mir bekannt gewordenen Fällen erhellen wird. Es ging nämlich ein Erbsbetreffniß aus einem standesherrlichen Orte in die Schweiz, wovon befugtermaßen der 10procentige Abzug für die standesherrliche Kasse bezogen wurde. Dagegen starb in einer andern Gegend der Schweiz ein fleißiger Schmied, der dort keine Erben hatte, und dessen Verlassenschaft an seine nahen Verwandte in einem standesherrlichen Orte sammt dem Inventar mit genauer Kostenrechnung ohne Abzug ausgeliefert wurde. War den Erben zuzumuthen, den Abzugsbetrag in die Schweiz mit der Nachricht zurückzuschicken, daß sie in diesem Falle nicht als Badener zu behandeln seien? Liegt aber nicht in der Gegeneinanderhaltung beider Fälle (des Nachsteuerbezugs auf dieser Seite und der Achtung für den Freizügigkeitsvertrag auf jener Seite) etwas Unehrenhaftes für unsern Staat?

Kann man dem Auslande das Studium der Badischen Topographie zumuthen?

§. 11.

Nach allem dem wird es wohl einleuchtend sein, daß in Betreff des Abzugsgefälles unsere Gesetzgebung fehlerhaft ist, und daß Rechtssinn und Ehre zu deren Verbesserung dringend auffordern.

So viel jedoch die unmittelbar landesherrlichen Ortschaften betrifft, ist da keine Verbesserung nöthig; weil der Wegzug aus solchen nur dann mit der Nachsteuer belegt wird, wenn er in einen Staat gehet, mit welchen kein Freizügigkeitsvertrag bestehet, oder von welchem nicht nachgewiesen werden kann, daß daselbst der Bezug der Nachsteuer nicht üblich sei, oder nur retorsionsweise statt finde.

Dieser Fall wird selten oder vielleicht nie eintreten. In den meisten Ländern, mit welchen kein Freizügigkeitsvertrag bestehet, ist wahrscheinlich das Abzugsgefälle gar nicht bekannt. Ergibt sich aber je das Gegentheil, so wird unsere Regierung, wie man aus ihrer seit 70 Jahren beobachteten Handlungsweise schließen darf, einen Freizügigkeitsvertrag mit dem betroffenen Staate beantragen, und dadurch doppelt nützlich wirken.

Sollte aber ein solcher Antrag zurückgewiesen werden, so würde dadurch auf den verweigernden Staat ein so nachtheiliges Licht fallen, daß es wohl geeignet sein könnte, von einer Auswanderung dahin abzuhalten. Hätte es aber diese Wirkung nicht, so ließe sich eine Retorsion gegen den inhumanen Staat wohl rechtfertigen, und die Auswanderer dahin würden ein so schlechtes moralisches Urtheil beurkunden, daß auch in Beziehung auf sie der Nachsteuerbezug zu entschuldigen wäre.

§. 12.

Nur in Beziehung auf die standes- und grundherrlichen Orte ist die Verbesserung nöthig. Die Bevölkerung dieser Orte beträgt (ohne Einrechnung der am Ende des §. 6 genannten drei Städte) 28 pCt. der Gesammt-

Digitized by Google

bevölkerung des Großherzogthums, und sie sind so im Lande vertheilt, daß von den 41 Aemter-Wahlbezirken nur 7 keine solche Orte enthalten. Die zu treffende Verbesserung ist daher von nicht geringem Interesse.

Aber das Hauptinteresse wird wohl jeder wohlgesinnte Staatsbürger an der Güte, Gerechtigkeit und Ehrenhaftigkeit unserer Gesetzgebung nehmen.

§. 13.

Indem die Verbesserung die bisherigen Uebelstände wegräumt, wird sie bewirken,

1) daß alle Staatsangehörigen in Ansehung der Nachsteuer auf gleiche Art behandelt, mithin auch die Bewohner standes- oder grundherrlicher Orte der Befreiungen theilhaftig werden, welche bisher für die unmittelbar landesherrlichen Unterthanen bestanden;

2) daß bei künftigen weiteren Freizügigkeitsverträgen oder einer ausgedehntern Anwendbarkeit des Grundsatzes der Reciprocität der Staat nicht durch das Interesse der Standes- und Grundherren gehindert sei, alle Staatsangehörigen daran Theil nehmen zu lassen;

3) daß die Standes- und Grundherren nicht ferner in dem eigenen Verhältnisse zum Auslande stehen, als wenn sie besondere Staaten repräsentirten;

4) daß das Gefälle selbst nicht ferner auf einer gleichartigen Grundlage mit den aufgehobenen Leibeigenschaftsabgaben ruhe, sondern, so viel es noch Statt findet, unter eine höhere und bessere Betrachtungsweise falle.

§. 14.

Alles dieß würde, wie ich mir vorstelle, bewirkt durch folgendes

Gesetz
über das Abzugsgefälle oder die Nachsteuer.

Artikel 1.

Die Nachsteuer oder das Abzugsgefälle von Vermögenswegzügen in einen andern Staat kann, in den seltenen Fällen, in welchen der Bezug solcher Abgabe noch Statt findet, nur für die Staatskasse erhoben werden, ohne Unterschied, ob der Ort, aus welchem der Vermögenswegzug geschieht, unmittelbar landesherrlich oder ob er standes- oder grundherrlich sei.

Artikel 2.

Frei von dieser Abgabe sind alle Wegzüge aus was immer für einem Orte des Großherzogthums,

a) wenn sie in irgend einen Staat des Deutschen Bundes gehen; dann

b) vermöge besonderer Verträge die Wegzüge nach Frankreich, in irgend einen Canton der Schweizer Eidgenossenschaft, in die ausserhalb des Deutschen Bundes gelegenen kaiserlich-königl. Oesterreichischen Staaten und königlich-Preußischen Provinzen, nach Dänemark, Rußland und in das Königreich Griechenland; ferners

c) vermöge des Grundsatzes der Reciprocität die Wegzüge in das Königreich der Niederlande und in die Nordamerikanischen Freistaaten; endlich

d) nach allen anderen Staaten, von welchen der Nachweis noch beigebracht wird, daß in denselben der Bezug der Nachsteuer nicht üblich ist, oder nur retorsionsweise in Anwendung kommt.

Artikel 3.

Die Nachsteuer findet daher nur Statt gegen Staaten, von welchen solcher Nachweis nicht beigebracht wird, oder welche das Erbieten eines Freizügigkeitsvertrages nicht annehmen, und nur von solchem Vermögen, welches 300 fl. übersteigt.

Sie bestehet in 10 pCt. des weggehenden Vermögens, oder wenn nachgewiesen ist, daß der Staat, in welchen der Zug gehet, eine kleinere Quote zu beziehen pflegt, in eben dieser Quote.

Artikel 4.

In denjenigen einzelnen Orten, wo eine durchgängige Abzugsfreiheit üblich ist, dauert dieselbe auch ferners fort.

---

§. 15.

Solches Gesetz wird seine Rechtfertigung in den voranstehenden Bemerkungen finden. Es enthält für die unmittelbar landesherrlichen Orte durchaus nichts Neues. Seine Verfügungen sind nur neu für die standes- und grundherrlichen Orte. Für diese ist die Zusammenstellung der Befreiungen im Artikel 2 nöthig, besonders da dieselben sonst nur zerstreut zu finden sind.

Dadurch und durch den Artikel 3 wird die Ganzheit des Gesetzes hergestellt, und was in diesem Artikel zuletzt von einem geringern als 10procentigen Betrage

Digitized by Google

vorkommt, ist eine nothwendige Folge aus dem von der Regierung oft ausgesprochenen Grundsatze der Reciprocität.

Der Artikel 4 endlich ist durch die letzte Bemerkung des §. 6 veranlaßt, und gründet sich darauf, daß durch das Gesetz, welches nur Verbesserungen bezweckt, nirgends ein Zustand verschlimmert werden solle.

§. 16.

Transitorische Verfügungen, die nur einmal in Anwendung kommen, sind in den vorstehenden Entwurf nicht aufgenommen, damit sie in einer künftigen Gesetzsammlung keinen Raum einnehmen.

Es ist daher ein zweites, transitorisches, Gesetz nothwendig, hauptsächlich um die Regierung in Stand zu setzen, den Standes- und Grundherren Wort zu halten, und um diesen keinen Beschwerdegrund übrig zu lassen, der das Zustandekommen des Gesetzes hindern würde.

Denn in allen Edicten, wodurch die Rechtsverhältnisse der Standes- und Grundherren festgestellt werden, kommt die Versicherung vor:

„daß in Hinkunft keine Abgaben, Gefälle oder nutzbaren Rechte, in deren Besitze oder Bezug die Standesherrschaft" (oder „Grundherrschaft") sich gegenwärtig befindet, (weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälles, noch aus irgend einem sonstigen Grunde) †) mehr aufgehoben werden sollen ohne volle aus der Staatskasse zu leistende Entschädigung."

Solche Versicherung kommt nämlich vor:

Für die Markgrafen von Baden in §. 52 des Edicts für das fürstliche Haus Salm-Krautheim v. 6. Oct. 1825 Reg. Bl. XXV., welches zwar für Salm-Krautheim seine Anwendbarkeit verloren hat, aber für die Markgrafen als Standesherren noch gilt nach Reg. Bl. XV. v. J. 1827.

Für das fürstliche Haus Fürstenberg in §. 70 des Edicts im Reg. Bl. Nr. I. v. J. 1824.

Für das fürstliche Haus Leiningen in §. 61 des Edicts im Reg. Bl. Nr. XXV. v. J. 1840.

Für das fürstliche Haus von der Leyen im Artikel 47 des Edicts im Reg. Bl. XII. v. J. 1830.

†) Der eingeklammerte Zusatz: „weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälles noch" ꝛc. kommt in dem Edicte für das fürstliche Haus Leiningen vor.

Für die gräflichen Häuser Leiningen-Billigheim und Neudenau in §§. 50 und 53 des Edicts im Reg. Bl. VII. v. 1826.

Für die Grundherren aus dem ehemals unmittelbaren Reichsadel in §. 25 des Edicts im Reg. Bl. XI. v. J. 1824.

Für die Grundherren aus dem ehemals landsäßigen Adel in §. 17 des Edicts in eben demselben Reg. Bl.

§. 17.

Ich denke mir daher folgendes

Transitorisches Gesetz in Betreff der Nachsteuer.

Artikel 1.

Das Gesetz vom heutigen über das Abzugsgefälle oder die Nachsteuer tritt mit dem 29. August dieses Jahrs in Wirksamkeit.

Artikel 2.

Die Standes- und Grundherren werden für den Verlust, den sie durch das Aufhören des ihnen bisher belassen gewesenen Nachsteuerbezugs erleiden, aus der Staatskasse entschädiget.

Artikel 3.

Ihr Verlust ist nach dem Jahresdurchschnitte des Ertrages dieses Gefälles in den letzten zehn (15 oder 20) Jahren zu bemessen, der durch belegte Rechnungen nachgewiesen wird.

Artikel 4.

Die Staatskasse leistet die Entschädigung dadurch, daß sie ihnen diesen Durchschnittsbetrag jährlich als den 5procentigen Zins von einem Capital bezahlt, welches beiderseits mit halbjähriger Frist aufkündbar ist.

§. 18.

Daß der Artikel 1 den Anfang der Wirksamkeit des Gesetzes auf den 29. August dieses Jahrs setze, wäre sowohl eine Andenkungsfeier für Karl Friederich, der, da ihn vor 52 Jahren dieser Tag erfreuete, schon mit 24 Staaten, Städten und Stifter Freizügigkeitsverträge geschlossen hatte, als auch ein würdiger Beitrag zur Geburtsfeier unseres gnädigst regierenden Großherzogs, der damals mit dem erhabenen Berufe in die Welt trat,

Digitized by Google

einst im wohlwollenden Sinne seines preiswürdigen Vaters fortzuwirken.

§. 19.

Die Artikel 2—4 des transitorischen Gesetzes sind eine nothwendige Folge der den Standes- und Grundherren gemachten Zusicherungen.

Ob im Artikel 3 der Zeitraum für die Durchschnittsberechnung zu 10, 15 oder 20 Jahren angenommen werde, wird im Resultate nicht viel Unterschied machen. Denn wenn in einem längern Zeitraume mehr Bezugsfälle vorkommen, so wird dafür der Divisor größer und der von jedem einzelnen Falle in den Durchschnitt kommende Quotient um so kleiner.

Der kürzere Zeitraum von 10 Jahren hat für sich, daß dabei das Geschäft der Nachweisung erleichtert wird.

Die etwaige Annahme eines Zeitraums von 30 Jahren würde nicht nur dadurch das Nachweisungsgeschäft erschweren, daß eine größere Anzahl von Rechnungen zu durchsuchen wäre; sondern würde auch für die ersten 6 Jahre, in welchen die durchgängige Freizügigkeit zwischen den Staaten des Deutschen Bundes noch nicht bestand, das besondere Geschäft einer Ausscheidung derjenigen Fälle nöthig machen, in welchen der Zug in einen dieser Staaten ging; da solche Fälle die jetzt zu leistende Entschädigung nicht berühren können. — Zugleich würde die Billigkeit fordern, daß einerseits der Jahrgang vom stärksten Ertrage, als ein *ausserordentlicher*, und zur Vergeltung dafür anderseits auch das Jahr vom geringsten Ertrage auſſer Berechnung bleiben, wornach dann der Durchschnitt der übrigen Jahre durch Theilung mit 28 zu finden wäre.

Alles dieses spricht *gegen* die Annahme eines Zeitraums von 30 Jahren und *für* die Annahme von *höchstens* 24 Jahren mit 1818 anfangend, wenn man je mit einem kürzern Zeitraum sich nicht begnügen zu können meinte.

Die Art der Entschädigungsleistung kann noch auf andere als die im Artikel 4 angeführte Weise bestimmt werden. Nur kommt mir diese als die einfachere vor.

§. 20.

Ich denke nicht, daß die zu leistende Entschädigung abschreckend wirke. Denn so wehe auch den Einzelnen geschah, welche bisher in den Fall kamen den Abzug bezahlen zu müssen, und dadurch sich um einen Theil der Mittel für ihre Reise und neue Ansiedlung gebracht zu sehen; so mag doch der Ertrag für die Beziehenden *im Durchschnitte* nicht von großer Bedeutung sein. Denn in den meisten standes- und grundherrlichen Orten kam innerhalb 10 oder 20 Jahren *nie* eine Auswanderung vor, und in Orten, wo sie vorkam, geschah es *bei weitem nicht alle Jahre*.

Ueberdieß sind ja auch aus standes- und grundherrlichen Orten alle Vermögenswegzüge in einen Staat des Deutschen Bundes seit 24 Jahren, und nach Frankreich seit 34 Jahren frei von der Nachsteuer oder dem Abzuge.

§. 21.

Wie soll nun aber die sich als nothwendig darstellende Verbesserung veranlaßt und eingeleitet werden?

Es ist zwar Sache der Regierung, den Entwurf zu einem bessern Nachsteuergesetze vorzulegen. Aber es scheint mir auch in dem edeln Berufe der Volksabgeordneten zu liegen, der hohen Regierung zu solcher Vorlage Anlaß zu geben, und dem Gesetzentwurfe dadurch die Bahn zu ebnen, daß die Sache vorher in beiden Kammern besprochen und beleuchtet wird.

Der Ueberraschung, durch welche eine unerwartete Vorlage etwa den Einen oder Andern der bisherigen Nachsteuerbezieher ungünstig stimmen könnte, wird vorgebeugt, wenn vorher die Macht der Gründe für die Verbesserung auf Geist und Gemüth zu wirken Zeit gefunden hat. Die Empfänglichkeit für solche Gründe darf man bei deren Rechtssinne und dem Antheile, welchen sie an der Ehre unserer Gesetzgebung nehmen, mit Vertrauen voraussetzen.

Es ist daher mein sehnlicher Wunsch, daß durch eine zahlreich unterstützte Motion in der hohen II. Kammer das verbessernde Gesetz veranlaßt werde..

Constanz im Mai 1842.

Wölfle.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: C. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 9. Juli 1842.

I.

Einige Betrachtungen über die Bestimmungen des Landrechtsatzes 1142: „Jede unerfüllte Verbindlichkeit, etwas zu thun oder zu lassen, löst sich in die Schuldigkeit auf zu entschädigen," und über die commissorische Clausel.

Es kann auf doppelte Art einem Vertrag nicht nachgekommen werden, nämlich

a) durch Ommissiv-Handlungen, indem man das, was man zu leisten (facere, praestare, dare) versprochen hat, nicht leistet, Nichterfüllung im strengsten Sinne des Worts,

b) durch Commissiv-Handlungen, indem man einer gegebenen Zusage zuwider handelt.

Es können nun in einem Vertrag beide Theile etwas zu thun und etwas zu lassen übernommen haben, und es frägt sich, was ist Rechtens, wenn beide Contrahenten comittendo oder omittendo einem Vertrage nicht nachgekommen sind?

Hierbei kann wieder ein dreifacher Fall eintreten:

I. Beide Theile erfüllen den Vertrag gar nicht,

II. beide Contrahenten erfüllen den Vertrag nur zum Theil,

III. einer der Contrahenten erfüllt den Vertrag nur zum Theil.

Fall der I. Art.

Zwei Individuen schließen mit einander einen Vertrag ab, wonach der eine Theil eine bestimmte Waare in einer bestimmten Zeit zu geben, der Andere einen bestimmten Preis in einer bestimmten Zeit zu zahlen verspricht (Kauf). Der Eine liefert die Waare in der bestimmten Zeit nicht, der Andere zahlt den Preis zur festgesetzten Zeit nicht, und doch wurde jene Uebereinkunft abgeschlossen.

Fall der II. Art.

Zwei Personen gehen eine Handelsgesellschaft ein; der Eine verspricht eine Einlage von 4000 fl. zu machen, legt aber nur 2000 fl. wirklich ein, und die Societät fängt an zu arbeiten. Der Andere macht sich verbindlich, nur 1000 fl. einzulegen, dagegen aus der Societätskasse drei Jahre lang kein Geld zu seinem Privatgebrauche zu nehmen. Er legt die 1000 fl. ein, zieht aber ohne Vorwissen seines socius im dritten Jahre Gelder aus der Societätskasse zu seinem Privatgebrauch. Die Dauer der Societät ist auf 10 Jahre bestimmt, und der Erstere will nun wegen der Commissiv-Handlung des Letztern die Societät nicht fortsetzen und widersetzt sich der Fortsetzung factisch, der Andere will sie nicht aufgeben.

Fall der III. Art.

In dem obengedachten Falle hat nur der Erstere von den 4000 fl. 2000 fl. eingelegt, die Societät zu arbeiten begonnen, der Andere die versprochene Einlage nicht gemacht, der Erstere weigert die Fortsetzung der Societät und verhindert sie factisch.

In allen drei Fällen wird einer Klage auf Vertragserfüllung, einer Klage auf Vertragsauflösung, oder bei beiden Klagen einer damit verbundenen Entschädigungsanforderung von dem andern Theile entgegengehalten werden: Wer seinerseits einen Vertrag nicht erfüllt hat (comittendo oder omittendo), kann gegen den andern weder auf Erfüllung, noch Auflösung, noch Entschädigung klagen.

In den zwei letzten Fällen aber liegt doch eine Vermögensmasse da, auf welche beide Contrahenten einen Anspruch machen können.

Alle drei Fälle scheinen mir nach dem nämlichen Grundsatze entschieden werden zu müssen.

Digitized by Google

Gewöhnlich ſagt man unter Berufung auf das gemeine Recht:

> Sind beide Theile in mora, ſo hebt ſich der gleichzeitige Verzug gegenſeitig und der frühere den ſpätern auf. (1. Thibaut, 7. Ausgabe, §. 104. Anderer, jedoch gewiß nicht der richtigen Anſicht iſt Fritz, im Archiv für civ. Praxis. Bd. X. Heft 1. Nr. 6.)

und dabei geht man von der Anſicht aus, daß nach den Prinzipien der Compenſation angenommen werden müſſe, es ſey Keiner im Verzug.

Mit dieſem allgemeinen Spruche macht man es ſich leicht und fertigt die Sache ab.

Mir ſcheint die allgemeine Anwendung vorgenannten Satzes ſchon darum unrichtig, weil von einem Verzug bei Commiſſiv-Handlungen, Verzugſetzung, daß Jemand etwas *nicht thue*, gar nicht die Rede ſein kann.

Auch ſcheint mir das oben angenommene Princip der Compenſation in ſeiner *Allgemeinheit* unſerm Landrechte fremd zu ſein, indem der Landrechtſatz 1148 d. dieſe Compenſation lediglich hinſichtlich der *Entſchädigungsanforderungen* geltend gemacht wiſſen will, keineswegs aber ausdrückt, daß, wenn beide Theile den Vertrag (comittendo oder omittendo) nicht erfüllen, dieſer dennoch als *beſtehend* und *fortbeſtehend* ſolle erachtet werden; auch ſchiene mir, wie ich unten zeigen werde, eine ſolche Annahme unlogiſch.

Man muß ſich in vorliegender Materie beſonders hüten, die eigentliche *Nichterfüllung* (omittendo) mit dem *Zuwiderhandeln*, alſo der Zerſtörung eines bereits ganz oder theilweiſe zum Vollzug gebrachten Vertrags (comittendo) zu verwechſeln. Denn *Leiſtung* und *Gegenleiſtung* ſtehen ſich wenigſtens vor dem Geſetze (quantitativ und qualitativ), wenn einmal ein Vertrag abgeſchloſſen iſt, gleich. Dagegen kann man nicht ſagen, daß *eine* Handlung *gegen den Vertrag der Andern* gleich ſtehe, und die Ermittelung des „Ob" dieſer Gleichheit kann weder der Beurtheilung des Richters anheim gegeben werden, noch iſt in den meiſten Fällen eine richtige Abwägung der *Wichtigkeit* zweier Commiſſiv-Handlungen in Bezug auf *das Weſen* des Vertrags möglich. Wenn bei einer Societät der Eine ſich bedingt, daß der Andere nicht in einem Artikel Geſchäfte mache, mit dem die Societät handelt und dieſes dennoch geſchieht, der Andere ſich dagegen bedungen hat, daß Jener nicht gewiſſe Geſchäftsvortheile Dritter mittheile, und dieſer Fall dennoch eintritt, ſo wird das Gewicht beider Handlungen ſchwer zu ermitteln ſein.

Eben ſo wenig kann man ſagen, daß die Spätere die Frühere aufhebe, oder daß ein Verzicht (Landrechtſatz 1108 a. b.) des zweiten Contravenienten in der ſpäteren Contravention, und ein Verzicht des früheren Contravenienten auf die ſpätere Contravention in der *früheren* Contraventionshandlung des Andern liege; denn es wäre doch gewiß lächerlich, anzunehmen, daß der, welcher am 1. Januar einer Vertragsbedingung zuwider gehandelt hat, damit erkläre: ich verzichte zum voraus auf alle rechtlichen Folgen, die ich aus einer ſpäter etwa eintretenden Contravention deiner Seite ableiten könnte, weil ich heute am 1. Januar ſelbſt eine Handlung gegen den Vertrag begangen habe; mit andern Worten: ich ermächtige dich nun, ebenfalls dem Vertrag zuwider zu handeln.

Mir ſcheint hier Folgendes maßgebend zu ſein:

Das Weſen eines jeden und insbeſondere eines vollkommen ſynallagmatiſchen Vertrags beruht darin, daß jeder Dasjenige, was er zu wollen *erklärt* hat (Uebereinkunft), auch *bethätige*. Erſt damit wird der Zweck der Willenserklärung erreicht. Nur in dieſem Zuſammenwirken *bethätigt* ſich die *Einwilligung*.

Es iſt daher auf der andern Seite ebenſo gewiß, daß, wenn beide Theile ihrer *Willenserklärung* nicht nachkommen, alſo die Elemente, aus welchen der Vertrag zuſammengeſetzt iſt, nicht exiſtent werden, ſondern der *erklärten* Einwilligung *factiſch* (comittendo oder omittendo) zuwider *gehandelt* wird, der mutuus consensus nicht mehr vorhanden, ſohin der Vertrag zerſtört iſt. Wenn daher beim Kauf der Eine die Waare in der beſtimmten Zeit nicht gegeben und der Andere den Kaufpreis in der beſtimmten Zeit nicht bezahlt hat, ſo iſt doch offenbar ein Kauf nicht mehr vorhanden, und Keiner kann gegen den Andern auf Vertragserfüllung oder Auflöſung oder Entſchädigung klagen, weil zu einer ſolchen Klage immer die Nachweiſung Seiten des Klägers gehörte, daß er ſeinerſeits dem Vertrage nachgekommen ſei. *)

*) Sollte nicht ein Theil ſeine verſäumte Verbindlichkeit noch nachträglich erfüllen und darauf hin von Andern die Erfüllung ſeiner Gegenverbindlichkeit wieder fordern können? Sollte man, ſtatt von einer Erlöſchung des Vertrags wegen beiderſeitiger Nichterfüllung zu ſprechen, nicht vielmehr annehmen, der Vertrag beſtehe fort, aber es könne einſtweilen (bis zu eigener Erfüllung) kein Theil eine Klage erheben?
D. Red.

Dieſes ſcheint mir aus dem Zuſammenhalt der Landrechtſätze 1142, 1184, 1148 a. hervorzugehen.

Daran kann es auch nichts ändern, wenn der Vertrag theilweiſe von beiden, oder theilweiſe von einem Contrahenten erfüllt iſt, und ein Theil die Forterfüllung factiſch verweigert, weil der Andere nicht erfüllt oder zuwider gehandelt hat.

Auch hier ſtünde Jedem, der klagend auftreten wollte, die Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegen, und kein Richter könnte den Einen, der ebenfalls nur theilweiſe erfüllt hat, zwingen, einen Vertrag fortzuerfüllen, während der Andere nicht erfüllt, oder dem Vertrag zuwider gehandelt hat.

Beiläufig will ich hier jetzt ſchon bemerken, daß gerade bei Commiſſivhandlungen die Beſtimmung des Landrechtſatzes 1184 in ſine Abſatz 3 nicht anwendbar iſt, und daß hierin ein charakteriſtiſcher Unterſchied der lex commissoria expressa Landrechtſatz 1183, von der lex commissaria tacita Landrechtſatz 1184 liegt.

Nach dieſer Bemerkung zurück zur erſten Frage.

Wenn nun aber ein mutuus consensus unter den vorhin angegebenen Verhältniſſen nicht mehr denkbar, alſo ein wahres Vertragsverhältniß als beſtehend nicht mehr gedacht, mithin von keinem Theil eine Klage auf Vertragsauflöſung oder Erfüllung angeſtellt werden kann, ſo bleibt weiter nichts als ein rein factiſches Verhältniß der Contrahenten zu dem Objekt des beſtandenen Vertrags übrig. Wenn alſo eine Societät, die bereits zu arbeiten begonnen hatte, auf dieſe Weiſe für aufgelöst erachtet werden muß, ich ſage erachtet und nicht erklärt, weil dieſes die Anrufung richterlicher Thätigkeit vorausſetzt, während nach Obigem, wegen der exceptio non adimpleti contractus, jede Klage des einen oder andern Theils verworfen werden mußte, mithin eine Auflöſungs-Erklärung durch den Richter nicht denkbar iſt], ſo hat jeder der frühern Theilhaber ſeine Anſprüche an dem Vorhandenen (activa) oder gegen den Andern (passiva) geltend zu machen und an dem Richter wird es dann zuletzt ſein, zu würdigen, welche und in wie weit die Anſprüche quantitativ begründet ſind. (Judicium duplex).

Schließlich die Bemerkung, daß ich bei nur theilweiſer Erfüllung eines Vertrags oder Zuwiderhandeln, wie vorhin angegeben, die analoge Anwendbarkeit des Landrechtſatzes 6 k. beſtreite, weil dorten nur von geſetzlichen Vorſchriften, hinſichtlich gewiſſer Willenserklärungen oder Verbindlichkeitsübernahmen die Rede iſt, welche von vertragsmäßig aufgelegten Verbindlichkeiten ſich in ihren Folgen weſentlich unterſcheiden.

Schon vorhin habe ich angedeutet, wie innig mit der vorwürfigen Materie die über die commiſſoriſche Clauſel zuſammenhängt. Landrechtſatz 1183 ſagt:

> eine auflöſende Bedingung, ſobald ſie erfüllt wird, hebt die Verbindlichkeit auf, und ſetzt die Sachen in den Stand zurück, als wäre dieſe nicht vorhanden geweſen (resolutio fit ex tunc).

Wenn alſo die auflöſende Bedingung eingetreten iſt, muß die Sache cum omni causa, fructibus perceptis, pendentibus et percipiendis zurückgegeben werden. Eine Ausnahme hinſichtlich der zu erſtattenden Früchte kann die Bona fides bei der Pereeption durch den dritten Beſitzer machen. Landrechtſatz 1184 ſagt:

> „in doppelſeitigen Verträgen iſt es für den Fall, da einer von beiden Perſonen ſeinem Verſprechen kein Genüge leiſtet, allemal ſtillſchweigende Bedingung, daß der Vertrag aufgelöst ſein ſoll.
>
> Der Vertrag wird jedoch nicht kraft Geſetzes aufgelöst, ſondern der Theil, welchem das nicht erfüllte Verſprechen geſchah, hat die Wahl, entweder den Andern zum Vollzug des Vertrags, wenn dieſer noch möglich iſt, zu zwingen oder deſſen Aufhebung nebſt der Entſchädigung zu fordern. Dieſe Forderung muß gerichtlich geſchehen, und dem Beklagten kann nach Umſtänden ein Aufſchub zum Vollzug geſtattet werden."

Es frägt ſich alſo, ob die im Landrechtſatze 1183 der auflöſenden Bedingung beigelegte Wirkung der resolutio ex tuna auch vom Landrechtſatz 1184 zu verſtehen ſeie, oder ob die resolutio ex tuna nur bei der lex commissoria expressa (stipulata wenn ich ſo ſagen darf), dagegen bei der lex commissoria tacita die resolutio ex nuna, d. h. vom Momente der Verzugſetzung (bei Ommiſſivhandlungen) oder vom Momente der angeſtellten Auflöſungsklage (bei Commiſſivhandlungen), eintrete.

Der Unterſchied iſt wichtig, denn bei der resolutio ex tunc muß ich Alles herausgeben, bei der resolutio ex nuna blos den Schaden erſetzen.

Ich werde nun zeigen, daß Landrechtſatz 1183 nur von der lex commissoria expressa handelt, folglich nur,

wenn ausdrücklich eine Resolutivbedingung stipulirt ist, die resolutio ex tunc eintritt, dagegen Landrechtsatz 1184 von der lex commissoria tacita handelt, nur die resolutio ex nunc zuläßt.

Ich muß hier wieder mit Landrechtsatz 1142 beginnen, der als allgemeine Regel aufgestellt:

> daß jede unerfüllte Verbindlichkeit, bestehe die Nichterfüllung in Commissiv- oder Ommissivhandlungen, zu weiter nichts berechtige, als zur Entschädigung.

Die Entschädigungsforderung setzt aber eine Beschädigung voraus, und die Beschädigung muß die unmittelbare und natürliche Folge der Nichterfüllung sein. Geht mir also durch die Nichterfüllung des Mitcontrahenten kein Schaden zu, wie sehr leicht denkbar, z. B. bei dem Versprechen einer Darleihe, so kann ich auch keinen Schaden fordern, woraus der Satz abfließt: nicht jede Nichterfüllung einer Verbindlichkeit führt eine Schadenforderung nothwendiger Weise mit sich.

Soll also etwas mehr als Entschädigung prästirt werden (Herausgabe der Sache cum omni causa), so bildet dieses eine Ausnahme von der Regel des Satzes 1142 und ist strictissimae interpretationis.

Nun sagt Landrechtsatz 1184, die Landrechtsätze 1142, 1146, 1139 theils ergänzend, theils erläuternd:

> bei doppelseitigen Verträgen solle es jederzeit stillschweigende Bedingung sein, daß der Vertrag aufgelöst seie, wenn ein Theil seinem Versprechen kein Genüge leiste.

Allein dieses trete nicht ipso jure ein, sondern

a) bei Ommissivhandlungen soll der Gläubiger das Wahlrecht haben, ob er
   1) schlechthin auf Vertragserfüllung,
   2) oder nach vorausgegangener Verzugsetzung auf Auflösung und Entschädigung klagen wolle.
b) Bei Commissivhandlungen (bei welchen Verzugsetzung nicht möglich ist), solle ihm eine Entschädigungsforderung zustehen.

Offenbar liegt die hier gegebene Unterscheidung im allegirten Gesetze. Denn es ist klar, daß bei Commissivhandlungen der „Richter" unmöglich „einen Aufschub zum Vollzug" geben kann und „daß es nicht möglich ist, den Vollzug des Vertrags zu verlangen." Denn wenn mir mein Pächter die Bäume umgehauen hat,| kann ich ihn nicht mehr gerichtlich belangen, den Vertrag zu vollziehen, wornach er sie nicht umhauen darf. †)

In Bezug auf die Entschädigung aber liegt der Unterschied darin, daß der Schaden bei Ommissivhandlungen erst vom Tage der Verzugsetzung (ex nunc), bei Commissivhandlungen vom Momente der That (ex nunc) gefordert werden kann. Denn das ist doch klar, daß man nicht eher beschädigt sein kann, als eine schädliche Handlung eingetreten ist, es wäre also irrig, mit Berufung auf Landrechtsatz 1184 eine resolutio ex tunc zu verlangen.

Eine Entschädigungsforderung ist es aber, wenn ich verlange, daß er den Schaden wieder gut mache (die zerbrochene Scheibe durch eine andere ersetze) oder mir den Schaden in Geld ausgleichen lasse. In beiden Fällen ist Verzugsetzung nicht nöthig.

Es unterscheidet sich also Landrechtsatz 1184 von Landrechtsatz 1183 dadurch:

a) daß bei Ersterem die Vertragsauflösung nicht kraft Gesetzes, sondern unter Anrufung richterlicher Hülfe eintritt,
b) daß der Richter bei Ommissivhandlungen Fristen gestatten kann, was ihm im Falle Landrechtsatz 1183 nicht zusteht.
c) Conventio est lex inter partes.

Im Falle des Landrechtsatzes 1183 tritt kraft des unter den Partheien verabredeten Gesetzes die Auflösung ein, ohne daß es richterlicher Hülfe bedürfte und ohne daß der Richter sich über dieses Gesetz stellen und Fristen bewilligen dürfte. In Landrechtsatz 1184 aber tritt die Auflösung nicht kraft Gesetzes ein.

d) Die auflösende Bedingung ist wie eine bedungene Nichtigkeit für einen eintretenden Fall anzusehen, in Landrechtsatz 1184 erkennt das Gesetz kein solches Geding an.
e) Landrechtsatz 1183 räumt keinerlei Wahlrecht (auf Erfüllung oder Auflösung zu dringen) ein, wohl aber Landrechtsatz 1184.
f) Landrechtsatz 1184 spricht dem Auflösungsberechtigten

---

†) Sollte aber mit einer Vertragserfüllungsklage auch nicht ein Erkenntniß auf Unterlassung der Fortsetzung oder Wiederholung der vertragswidrigen Handlung verlangt werden können? — Vergleiche den §. 981 der Prozeßordnung. D. Red.

nur Entschädigung zu, Landrechtsatz 1183 dagegen omnem causam.

g) Im Falle Landrechtsatzes 1183 bedarf es nie einer Verzugsetzung, wohl aber im Landrechtsatz 1184.

Es ist also klar, daß Landrechtsatz 1183 von der lex commissoria expressa handelt und nur in dem Falle, wenn ausdrücklich eine auflösende Bedingung dem Vertrag beigefügt ist, resolutio ex tunc verlangt werden kann; dagegen Landrechtsatz 1184 von der lex commissoria tacita handelt und nur eine Entschädigungsforderung vom Momente der geschehenen Verzugsetzung bei Ommissivhandlungen, vom Momente der beschädigenden That bei Commissivhandlungen gestattet. Dr. Hecker.

II.

Erwiederung auf den Aufsatz Nr. II. in Nr. 42 der Annalen von 1841:

„Noch einige Worte über den Satz: Die Erwerbung des Meisterrechtes ist nicht bedingt durch die Erwerbung des Bürgerrechtes, sondern umgekehrt, jene des Bürgerrechtes durch die Erwerbung des Meisterrechtes."

Der Verfasser des obigen Aufsatzes hat die Behauptung aufgestellt, der in Nr. 35 der Annalen hervorgehobene Rechtssatz sei zwar in der Hauptsache wahr, aber eben so wenig so bestimmt in den Gesetzen entschieden, als in der Anwendung unbedingt duechführbar.

Ein Rechtssatz kann hiernach also wahr, nebenbei aber in den Gesetzen nicht bestimmt entschieden, und auch nicht unbedingt durchführbar sein. Wahrlich! eine sonderbare Wahrheit.

Zwischen Eekennen und Nicht-Erkennen giebt es kein Mittelding, die Wahrheit ist so wenig subjectiv als objectiv theilbar; denn das Erkennen eines Theiles des Objectes theilt die Wahrheit selbst weder in dieser noch in iener Beziehung. Das Wesen einer Sache liegt in ihrem Umfang, und wer diesen nicht zu seiner Erkenntniß bringt, erkennt die Sache nicht.

Ein Gesetz kann sich in ganz bestimmten Worten ausdrücken odee nicht, sofort bloß eine grammatische oder aber eine logische Inteepretation zu seiner Auffassung erfordern. Allein für seine Veefügung selbst ist es gleichgültig, auf welchem dieser Wege sie erkannt weeden muß, denn was es einmal veefügt, verfügt es denn doch, ohne Rücksicht ob wörtlich oder logisch, und was einmal verfügt ist, ist doch himmelfest bestimmt verfügt. Ein Rechtssatz kann subjectiv wahr und falsch zugleich sein, objeetiv nur eines oder das andere.

Das Gesetz hat den Zweck der Anwendung, sie ist eben das Leben des Gesetzes, um dessen Willen es geschaffen ist. Ein todtgebornes oder lebensunfähiges Kind kann von dem Gesetzgeber nicht vermuthet werden, und zwar darum, weil das Gesetz gerade den Zweck des Lebens — der Anwendung — hat; fiat justitia et pereat mundus! —

Aus diesen Sätzen folgt:

der von mir in Nr. 35 aufgestellte Satz muß entweder wahr oder falsch, sofort in den Gesetzen bestimmt oder gar nicht enthalten, und in dem ersteren Falle überall und unbedingt durchführbar sein.

Ich behaupte fort die Wahrheit jenes Satzes, ihre Bedingung und ihre Folge, wie so eben angegeben.

Der gegentheilige Verfasser nimmt gleich zu Anfang seines Aufsatzes Bezug auf §. 1 Nr. 5 der Gesetzordnung und zieht hieeaus einen Schluß, bei dem man ihm nur auf den halben Weg folgen kann. Daraus, daß zu den Rechten der Gemeindebürger der Betrieb eines Gewerbes nach Vorschrift der Gesetze gerechnet wird, folgt allerdings, da diese Befugniß nun einmal eine Wirkung des Bürgerrechtes ist, daß der das Bürgerrecht nicht Besitzende auch dieses Recht nicht ausüben darf, was ich denn doch selbst in fine des Aufsatzes in Nr. 35 als Beweis für meine dortige Behauptung angeführt habe. Daraus aber, weil der Nichtbürger das Gewerbe nicht betreiben dürfe, den weiteren oder vielmehr Ziekel-Schluß ziehen zu wollen, daß er nun auch nicht qualificirt sei, sich in die Zunft aufnehmen zu lassen, das ist nun freilich kein geringer logischer Schnitzer; es ist offenbar dem obigen Schlusse als einem Episyllogismus gegenüber ein Prosyllogismus, der füe seinen Obersatz eine petitio principii in Anspruch nimmt. Um so zu schließen, müßte es ja vorher erst gewiß sein, daß der, so ein Gewerbe nicht ausüben dürfe, auch nicht in die Zunft aufgenommen werden könne, oder daß Alle, die in der Zunft sind, eben deßhalb und ausschließlich darum zur Ausübung des Gewerbes berechtigt seien, deßhalb das Eine nothwendig und unmittelbar aus dem Andeen resultire. Das, was der Gegentheil deßhalb durch Conelusion finden will, müßte seinem Schließen beziehungsweise zur Prämisse dienen. Die Aufnahme in die Zunft ist ja unter andern erst die Bedingung, unter

welcher das Gewerbe ausgeübt werden darf, und wie kann man nun dieſe Folge auf der andern Seite wieder, negativ geſtellt, zur Prämiſſe und die Urſache zur Folge nehmen, da dieß doch offenbar das Dritte, das neben der Aufnahme in die Zunft als Bedingung der Ausübung erſcheint, ausſchließen würde. Wenn irgend eine Handlung an eine zweifache Bedingung geknüpft iſt, ſofort die Erfüllung der einen ohne die der andern noch nicht zu der Handlung berechtigt, ſo kann man doch wahrlich nicht ſagen, wie der Gegentheil nach ſeinem Schluſſe thun müßte: der Nachſuchende kann zur Erfüllung der einen Bedingung nicht zugelaſſen werden, ſo lange die andere nicht erfüllt iſt, weil er ohne Erfüllung dieſer letztern denn doch die Handlung noch immer nicht ausüben darf. So müßte der Gegentheil offenbar raiſonniren, und zu einem ganz ſonderbaren Reſultate gelangen, wenn er bei der einen oder der anderen Bedingung ſich konſequent bleiben wollte. Es leuchtet denn doch von ſelbſt ein, daß hier bloß zu unterſuchen iſt, welche von beiden Bedingungen zuerſt erfüllt werden muß, und daß man durchaus nicht zu dem Schluſſe gelangen kann, daß, weil mit Erfüllung nur einer Bedingung der Nachſuchende nicht zur Handlung berechtigt ſei, er eben zur Erfüllung nicht zugelaſſen werden könne.

Die Ausübung eines zünftigen Gewerbes iſt an die doppelte Bedingung des Meiſterſeins und des Bürgerſeins geknüpft, und ſo fragt es ſich nun, welche von beiden Bedingungen der anderen vorangehend zu erfüllen iſt.

Der Gegentheil hat meiner Behauptung in der Hauptſache zwar Recht gegeben, dabei und daneben aber mit Bezug auf das ſechſte Conſtitutions-Edict, auch viele Zunftartikel *) und darauf, daß erwähntes Edict von dem Zunftweſen, ſofort von etwas Anderem als die Gemeinde-Ordnung, auch die frühere Uebung **) dafür ſpreche, behauptet, daß hier eine Ausgleichung zwiſchen dieſen verſchiedenen Geſetzen Statt finden müſſe, und fällt auch die Art ſeiner Ausgleichung geraden Weges in die, meinem Satze vorgeworfene, Unausführbarkeit.

Das Meiſterwerden ſoll nämlich durch die Vorausbedingt ſein, daß der darum Nachſuchende nachmals das Bürgerrecht erhalte, beſonders da es den Gemeinden und Behörden unbenommen bleibe, unter der Bedingung das Bürgerrecht zuzuſichern, daß der darum Nachſuchende das Meiſterrecht erlangen werde.

Wer fühlt wohl nicht, daß dieß eine Selbſtilluſion iſt, um meinem Satze recht, aber auch nicht recht zu geben, ſondern um auf einem ſeichten Boden ſo etwa in ſeine Nähe zu kommen.

Unbenommen iſt mir das, was ich zu thun *berechtigt*, aber nicht *verpflichtet* bin, und ſo wäre ja der Nachſuchende der Willkühr ſowohl der Gemeinden als der Staatsbehörden verfallen, und für ihn keine geſetzliche Norm vorhanden. Wer das ängſtliche Benehmen der Gemeinden bei Bürgeraufnahmen kennt, weiß gewiß wie viele unnöthige Sprünge ſie demjenigen bereiten, der alle Eigenſchaften für die Bürgeraufnahme in ſich vereinigt; was hätte nun vollends der zu erwarten, dem es an der Hauptbedingung fehlte, und die Zuſicherung der Aufnahme für den Fall der erfüllten Bedingung verlangte. Wenn nun die betreffende Gemeinde, abgeſehen von der allgemeinen — gewiß nirgends zu verkennenden — Fähigkeit bei Bürgerrechtsertheilungen, ſich auf ein ſolches Geſuch gar nicht einlaſſen, und in der Hauptſache, vor erfüllter Bedingung, es für noch nicht reif halten würde, was ſollte jetzt geſchehen! ein Rekurs an die Staatsbehörde auf die Zuſicherung eines Rechtes gehend, wenn man die ſolches bedingende Verbindlichkeit erfüllt habe? iſt ein ſolcher Rekurs wohl je erhört worden? wo iſt das Geſetz in der Gemeindeordnung — die doch allein Ziel und Maß für ſolche Geſuche und Rekurſe giebt — auf welches ſich der Nachſuchende beziehen und das die Rekursbehörde verpflichten könnte, auf ſo etwas zu erkennen. Doch es iſt dieſer ja blos *unbenommen*, d. h. ſie kann es thun, aber auch bleiben laſſen, und dennoch möchte ich das erſtere bezweifeln. Denn wo ſpricht die Gemeindeordnung von dieſem arbitrium judicis, und doch hat der Richter ohne dies keine Willkühr, ſo lange noch Geſetze exiſtiren. Wenn es ihm aber unbenommen bleibt d. h. wenn er berechtigt iſt, ſo zu verfügen, ſo muß dies denn doch auch geſetzlich zuläſſig ſein, d. h. das Geſetz muß den als Meiſter aufgenommenen für berechtigt erklärt haben, Bürger zu werden.

*) Die nun freilich an der Sache nichts ändern dürften, ob von der Staatsbehörde genehmigt, oder nicht

**) Die hoffentlich nie dem Geſetze wird entgegengeſtanden haben, da die Sache, wie gezeigt werden wird, auch nach der alten Gemeinde-Ordnung dieſelbe Lage gehabt hat.

Iſt dieſes aber der Fall, ſo bedarf es ja eines deßfallſigen Erkenntniſſes vorher nicht, er darf nur Meiſter werden, und dann unter Bezug auf das Geſetz das Bürgerrecht verlangen, das ihm doch gewiß nicht vorenthalten werden kann, wenn es ihm unter dieſer Bedingung vorher hätte ſchon zugeſichert werden können.

Freilich könnte man mir hier einredend entgegenſtellen und ſagen: es handelt ſich bei dieſer Prozedur nicht um das Meiſterſein als Bedingung des Bürgerwerdens, ſondern blos darum, ob außer dieſem Meiſterſein nicht noch etwas anderes der Bürgeraufnahme entgegen ſteht. Allein dies ändert für's erſte an dem, als unzuläſſig nachgewieſenen modus procedendi nichts, und zum andern führt es gerade auf den rechten Weg, wobei ich nur noch zu bemerken habe, daß mein Aufſatz in Nr. 35 lediglich auf den Inländer gieng, nicht aber auch auf den Ausländer, der auf eine ganz beſondere Weiſe behandelt wird. *)

Jeder Inländer hat oder muß **) in irgend einer Gemeinde ein Ortsſaßenrecht haben, und von dieſer, wenn er die Bedingung für ſeinen Nahrungszweig erfüllt hat, als Bürger aufgenommen werden, gleichviel ob er Vermögen, und einen guten Leumund u. ſ. w. hat, oder nicht. ***) Iſt dies nun einmal der Fall, ſo kann man doch nicht einſehen, warum hierüber vorerſt erkannt werden, und was dies überhaupt austragen ſoll. Uebrigens bahnt ſich hiermit zum zweitenmal ein Weg und zwar zur Ausgleichung zweier verſchiedenen Geſetze, wenn denn doch einmal ausgeglichen werden ſoll.

Der Gegentheil bemerkte: in ſo ferne die neue Gemeindeordnung jünger als das ſechſte Conſtitutionsedikt, und ihm entgegengeſetzt ſeie, müſſe dieſes als aufgehoben betrachtet werden †), dagegen ſeie aber zu berückſichtigen, daß dieſes das Gewerbeweſen, jenes das bürgerliche Verhältniß zum Gegenſtand habe, weßhalb beide mit einander auszugleichen ſeien.

Was hier nun die Colliſion angeht, ſo ſteht ſo viel außer Zweifel, daß ein ſpäteres Geſetz, in ſo weit es etwas entgegengeſetztes dem älteren gegenüber enthält, dieſes aufhebt, ohne Rückſicht, ob beide Geſetze dieſelbe Materie zum Gegenſtande haben oder nicht, da hier nur die Colliſſion, d. h. die Unmöglichkeit, beide nebeneinander zu exerciren, entſcheidet. Nicht nur bei verſchiedenen Materien behandelnden Geſetzen, ſondern auch zwiſchen jenen, die eine und dieſelbe Materie abthun, muß eine Ausgleichung verſucht, und es kann nur dann von einer Abrogation geſprochen werden, wenn jene unmöglich iſt.

Uebrigens habe ich noch nie daran gedacht, daß die neue Gemeindeordnung das erwähnte Edikt in dem betreffenden Punkte aufgehoben habe, und um ſo weniger, als ich zu jener Klaſſe von Juriſten gehöre, die des Dafürhaltens ſind, daß man ein Geſetz, ſo lange es nicht expresse aufgehoben iſt, immerhin, und wenn es nicht weiter möglich iſt, nur noch ſeinen Schatten aufrecht halten müſſe. Unterdeſſen hat der Gegentheil meinem Aufſatze eine viel größere Ausdehnung gegeben, als ihm urſprünglich von mir ſelbſt geſetzt worden war, da ich doch offenbar nur von dem Antritt des aktiven Bürgerrechtes jener ſprach, die im Lande irgend wo ein angebornes Bürgerrecht haben, oder irgend einer Gemeinde politiſch zugewieſen ſind; und auf ſolche bezieht ſich denn doch das erwähnte Edikt himmelfeſt nicht, wie unten nachgewieſen werden ſoll.

Könnte unterdeſſen das ſechste Conſtitutionsedikt neben ſo etwas in Wahrheit nicht beſtehen, ſo wäre es nicht erſt durch die neue, ſondern ſchon durch die alte Gemeindeordnung aufgehoben worden. Dieſes Edikt iſt vom 4. Juni 1808, während die alte Gemeindeordnung vom 1. Februar 1809, demnach über ein halbes Jahr jünger iſt. Dieſe ſetzt aber ſchon sub Nr. VI. lit. c. und Nr. VIII. Folgendes als Bedingung für den Antritt des Bürgerrechtes feſt:

> den Beſitz eines, an dem Ort der Aufnahme zuläſſigen, in geſunden Tagen zur nothdürftigen Lebſucht hinreichenden Nahrungszweiges, und den geſetzmäßigen Ausweis über die hierzu erforderlichen beſtimmten Befähigungen durch Kundſchaften, Meiſterſtückfertigungen bei zünftigen Gewerben ꝛc.

---

*) Siehe jedoch Verfügung des Großherzoglichen Miniſteriums d. J. vom 6. April 1833 Nr. 3831.

**) Siehe §. 70 flgc. des Geſetzes über die Rechte der Gemeindebürger.

***) Siehe §. 10 und 72 l. c.

†) Auf die vom Gegentheil allegirte Verfügung des Großherzoglichen Miniſteriums d. J. vom 29. Januar 1836 Nr. 867 wird wohl bei der vorliegenden Frage wenig oder gar nichts ankommen; übrigens iſt ſie eine wörtliche Wiederholung deſſen, was der allegirte §. 10 der Gemeindeordnung ſchon ſagt.

Digitized by Google

Also auch diese schreibt schon vor, daß die Erwerbung resp. Antretung des Bürgerrechtes an die Bedingung des Nachweises, daß den gesetzlichen Erfordernissen rücksichtlich des Gewerbes Genüge geschehen, geknüpft seie. Es wäre das erwähnte Edict in solcher Beziehung also schon durch die alte Gemeindeordnung aufgehoben, wenn wirklich ein Widerstreit statt fände.

Daran ist aber nicht zu denken, aber auch an die Art der Ausgleichung nicht, wie sie der Gegentheil gegeben hat, denn diese ist nicht nur nicht, nachgewiesener Maßen, ausführbar, sondern nicht einmal praktikabel.

Wenn das sechste Constitutions-Edict Nr. 24 Lit. e. davon spricht, daß nur Der Meister zu werden verlangen könne, welcher Ortsfassenrecht erlangt habe, so kann dieses nur von demjenigen verstanden werden, der im Allgemeinen kein Heimaths- resp. Ortsfassenrecht hat, nicht aber von dem wirklichen Antritt des durch Geburt oder sonst erworbenen Ortsfassenrechtes. Wenn ich ein Recht antrete resp. verwirkliche, so muß mir denn doch dieses Recht selbst schon zustehen, und so kann ich denn auch Ortsfassenrecht, solches aber noch nicht angetreten haben. Was ich aber einmal habe, das brauche ich nicht mehr zu erlangen, und deßhalb kann auf das angeborene oder sonst schon erworbene Ortsfassenrecht jenes Edict keinen Bezug nehmen, und tritt dann auch so wenig mit der neuen als alten Gemeindeordnung in einen Gegenstoß, da beide nur von der Verwirklichung eines schon vorhandenen Rechtes sprechen, jenes aber von dem Vorhandensein dieses Rechtes allein. Das fragliche Edict setzt für die Aufnahme in die Zunft ein Heimathsrecht im Umfange der Zunft als Bedingung fest, nicht aber die Verwirklichung dieses Rechtes, und so konnten beide Gemeindeordnungen die Verwirklichung dieses Rechtes ganz gut an die Bedingung des Meisterseins knüpfen.

So hat es von jeher gestanden, und nicht anders steht die Sache heute noch. Wer nicht Ortsfassenrecht im Umfange der Zunft hat, kann nicht zur Meisterprüfung gelassen werden, und dieß ist von mir niemals, sondern nur die Nothwendigkeit geleugnet worden, vorerst dieses Ortsfassenrecht anzutreten, da dieser Antritt nicht bedingend, sondern bedingt ist. Ich habe sogar in meinem Aufsatze, der sich lediglich auf den Antritt des schon vorhandenen Rechtes bezog, angeführt, daß ich dem Einen jener bei der Nase Herumgeführten angerathen hätte, in seiner Heimathsgemeinde resp. bei der über diese sich ausdehnenden Zunft Meister zu werden, weil er anderswo hierzu kein Recht haben könne. Kann man sich wohl deutlicher und bestimmter dafür aussprechen, daß man Ortsfassenrecht für die Aufnahme in die Zunft haben müsse.

Heutzutage wird es wohl selten, ja vielleicht gar nicht mehr vorkommen, daß irgend ein Inländer kein Ortsfassenrecht habe, da diese Verhältnisse so ziemlich im Laufe der Zeit durch und durch geregelt worden sind. Zur Zeit der Einführung des sechsten Constitutions-Edictes war aber etwas der Art eine sehr häufige Erscheinung, deßhalb die deßfallsige Verfügung um so nothwendiger, da allerdings der, welcher in den Zunftverband aufgenommen werden soll, die anderweiten Bedingungen für das Bürgerwerden schon in sich tragen muß.

Würde sonach heutzutage ein solcher Fall vorkommen, so müßte der Nachsuchende *) allerdings vorerst wenigstens irgend ein Einfassenrecht erwerben **), bevor er zum Meisterrechte gelangen könnte, und es fände dann das besprochene Edict seine volle Anwendung, das nicht zu wirken aufgehört hat, so oft sich ein Fall ergiebt, für den es selbst gegeben ist, der sich aber jetzt sehr selten oder, wie oben bemerkt, vielleicht gar nicht mehr ereignen dürfte.

Hiernach wird der Satz abermals, so wie auch seine unbedingte Durchführbarkeit keinem und selbst nicht dem mindesten Zweifel ausgesetzt sein:

daß das Bürgerwerden durch das Meistersein, nicht aber dieses durch jenes bedingt ist; dem man — wer da Lust trägt — noch den Beisatz geben kann: daß das Meisterwerden durch das Ortsfassenrecht im Umfange der Zunft bedingt ist.

Kreitler.

---

*) Ich meine aber keinen Ausländer, sondern einen heimathlosen Inländer.

**) Siehe §. 70. 71. 72. l. c.

Hauptredactur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 29. Karlsruhe den 16. Juli 1842.

I.

Gegen die Versagung eines Beisatzbefehls nach Landrechtssatz 1008 gibt es ein Rechtsmittel, und es muß ein solches geben.

In Nr. 13 der Annalen vom Jahr 1841 wird eine Entscheidung nebst Gründen mitgetheilt, wodurch ausgesprochen ist, daß der um Einweisung in Besitz und Gewähr der Erbschaft nachsuchende Erbnehmer gegen die Verwerfung seiner Bitte um richterlichen Beisatzbefehl kein Rechtsmittel habe, weil weder das Landrecht noch die Prozeßordnung ein solches einräume.

Damit ist der Prozeßordnung ein neuer Vorwurf der Unvollständigkeit gemacht. Bei näherer Vergleichung der landrechtlichen Bestimmungen in den Sätzen 1006, 1008, 1011 und 1014 mit der Theorie des Besitzprozesses wird man jedoch einer gegentheiligen Ansicht die Zustimmung kaum versagen können.

Auf die schriftliche Bitte des Erbnehmers, welcher ein eigenhändiges oder geheimes Testament vorlegt, erläßt der Gerichtsvorsteher den sogenannten Beisatzbefehl, wodurch der Erbnehmer Besitz und Gewähr der ihm vermachten Erbschaft erlangt.

Die Erfordernisse zu dieser Einweisung sind:

1) ein seiner Form nach gültiges Testament, entweder ein von den gesetzlichen Erben anerkanntes, eigenhändiges, oder ein geheimes, unter den nothwendigen Förmlichkeiten vom Staatsschreiber versiegeltes Testament. (Das öffentliche Testament gehört nicht hierher, Landrechtssatz 1006.)
2) Die förmliche Bittschrift, welche dem Gerichtsvorsteher mit beigefügter Hinterlegungsurkunde zu übergeben ist.

Das dermaßen vom Civil-Gesetzbuch vorgeschriebene Verfahren gleicht so ziemlich dem unbedingten Mandats-Verfahren des gemeinen Prozesses, und es wäre die Frage, nach den Grundsätzen des gemeinen Prozeßrechts beurtheilt, ob gegen die Versagung des Beisatzbefehls ein Rechtsmittel zulässig sei, ohne Zweifel zu bejahen, es müßte deren Beantwortung aus den Folgen des Beisatzbefehls dahin geschöpft werden, daß sowohl gegen die Versagung des Beisatzbefehls, dem eingesetzten Erben als auch gegen die Erlassung eines solchen dem gesetzlichen Erben das Rechtsmittel der abgekürzten Berufung zukomme.

Der gesetzliche Erbe verliert durch den Beisatzbefehl den Besitz der Erbschaft, in welchem er sich kraft Gesetzes befindet, der Erbnehmer, dessen Bitte zurückgewiesen wird, erlangt den Besitz nicht, und die richterliche Verfügung ist ihrem Inhalte nach ein Urtheil in einem Besitzprozesse, und gegen ein solches findet die Appellation statt. Will man auch im gemeinen Prozesse die Besitzklagen auf Erlangung eines Besitzes vermissen, so erscheint der Beisatzbefehl als eine provisorische Verfügung oder ein unbedingtes Mandat, und gegen eine solche Verfügung findet das gleiche Rechtsmittel der Appellation für beide Parteien Anwendung.

Daß aber dieser Instanzenzug zulässig sei, sagt die Prozeßordnung §. 743 ausdrücklich.

Darnach finden die Besitzklagen nur statt zur Erhaltung eines gestörten oder zur Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes, nicht aber auch zur Erlangung eines Besitzes, den man noch nicht gehabt hat, ausgenommen die Erbbesitzklage, welche in den Fällen der Landrechtssätze 1004, 1011, 1014 den ernannten Erbnehmern oder Erbtheilnehmern oder Erbstücknehmern zusteht, die einen in der Form giltigen letzten Willen für sich

haben, und Kraft deſſelben einen unbedingten Befehl gegen den Beklagten zur Auslieferung verlangen können.

Man kann nicht läugnen, daß dieſer Schlußſatz nur die Landrechtsſätze 1004, 1011, 1014 als ſolche anführt, in welchen die Klage auf Erlangung des Beſitzes zugelaſſen wird, allein die Mangelhaftigkeit eines Allegats ſchließt die Anwendung eines angenommenen Grundſatzes auf alle gleichartigen Fälle gewiß nicht aus, und ein Blick in die materiellen Grundlagen dieſer im Landrecht ſogenannten Erbbeſitzklagen — läßt auch nicht den mindeſten Zweifel darüber übrig, daß ſich das im Landrechtsſatze 1008 vorgezeichnete Verfahren auf den nämlichen thatſächlichen Momenten bewegt, wie die Erbbeſitzklage der Landrechtsſätze 1004, 1011, 1014.

Die Erbbeſitzklage der letztgenannten Sätze iſt, wie auch Thilo zu §. 743 bemerkt hat, nicht in der Form des eigentlichen Beſitzprozeſſes nach §. 750 der Prozeßordnung zu inſtruiren und zu verhandeln, ſie iſt mehr einem Geſuche um unbedingten Befehl gleichgeſtellt, §. 702, was auch die Schlußworte des §. 743 geradezu erklärt haben.

Es wäre auch rein unmöglich, die Erforderniſſe des §. 750 nachzuweiſen, denn der §. 750 ſpricht bloß von der Erhaltung eines geſtörten oder der Wiedererlangung eines verlorenen Beſitzes.

Der Erbnehmer (Erbtheilnehmer, Erbſtücknehmer), der die Auslieferung begehrt, hat ſich nach den Vorſchriften des §. 702 der Prozeßordnung zu richten, und es iſt auch ſein Geſuch mit einem eigenhändigen Teſtament, ſofern dieſes als ächt anerkannt iſt, eben ſo gut wie mit einem öffentlichen oder geheimen zu begründen, weil die Anerkennung des Teſtaments bei der Theilungsbehörde in eine Notariatsurkunde aufgenommen, und die Legitimation des Imploranten und ſein Erbanſpruch nach einmal erfolgter Anerkennung mittelſt öffentlicher Urkunde bewieſen iſt. Es verlangen auf dieſem Wege die Auslieferung

1) der eingeſetzte Erbnehmer von den Pflichterben,
2) der Erbtheilnehmer von den Pflichterben, in deren Ermangelung von den eingeſetzten Erben, und wo auch keine ſolche vorhanden ſind, von den geſetzlichen Erben; ebenſo
3) der Erbſtücknehmer.

In dieſen Fällen verlangt der wahre Erbe, der weder den juriſtiſchen noch den phyſiſchen Beſitz hat, beide zugleich. Er ſagt: ich bin Erbe, mir gebührt der juriſtiſche Beſitz, und ich will zugleich die Auslieferung der Erbſchaft.

Eine ſolche Erbbeſitzklage ſetzt nothwendig einen ſchon geordneten Beſitz voraus, der Beklagte (Imploral) muß nicht bloß den phyſiſchen Beſitz haben, er muß auch das Vermögen als Erbſchaft beſitzen, ſonſt wäre er zur Erbbeſitzklage ſo wenig paſſiv legitimirt, als der dritte Beſitzer für die Erbſchaftsklage, und wenn nun der Landrechtsſatz 1008 den wirklichen Eintritt des Erbnehmers in die Gewähr bis zur Erlaſſung des Beiſatzbefehls ſuspendirt, ſo ordnet der Geſetzgeber durch dieſe Vorſchrift ein präparatoriſches Verfahren an, welches den Beſitzſtand und zugleich die Legitimation des Erbnehmers gegenüber den Erbtheilnehmern und Erbſtücknehmern, welchen ſelbſt wieder in den Landrechtsſätzen 1011 und 1014 eine eigene Erbbeſitzklage zugeſtanden iſt, feſtſtellt.

Die Einweiſung durch Beiſatzbefehl wirkt auf den Todestag zurück; ſo lange derſelbe nicht erlaſſen iſt, wäre es für den Erbtheilnehmer und Erbſtücknehmer ſehr gewagt, gegen den eingeſetzten Erben mit der Erbbeſitzklage aufzutreten.

Der Unterſchied zwiſchen den Erbbeſitzklagen der Landrechtſätze 1004, 1011 und 1014 und dem Geſuche um Erlaſſung des Beiſatzbefehls nach Landrechtsſatz 1008 liegt nicht in den Gründen und nicht in dem Zwecke des Landrechtsſatzes 1008, ſondern lediglich in dem Umfang des geſtellten Begehrens.

Der eingeſetzte Erbe verlangt gegen den Pflichterben die Anerkennung als Erbe und zugleich die Ausantwortung der Erbſchaft, und was will denn der Erbnehmer, welchem das Geſetz die Verbindlichkeit auflegt, zum Behufe der Einweiſung einen richterlichen Beiſatzbefehl zu erwirken? Nichts, als Anerkennung des Rechts auf den juriſtiſchen Beſitz. Sein Gegner iſt der geſetzliche Erbe, dem der Beſitz kraft Geſetzes nicht belaſſen wird (1006, 1008), und wenn die Prozeßordnung die Klage auf Einräumung des juriſtiſchen und phyſiſchen Beſitzes eine Erbbeſitzklage nennt, ſo wird man wohl das Geſuch um Einweiſung in den bloß juriſtiſchen Beſitz durch Beiſatzbefehl der gleicher Kategorie anzureihen haben.

Die Prozeßordnung enthält für die genannte Art von Beſitzklagen nur eine Rückbeziehung auf das Landrecht,

Digitized by Google

als welches zugleich das gerichtliche Verfahren bestimmt, als Rechtsmittel für alle Besitzklagen ohne Ausnahme bezeichnet sie die Appellation, und zwar die abgekürzte, §. 1181, 1206, 742.

Einer Bemerkung weicht man hier nicht aus, daß nämlich das im Landrecht vorgezeichnete unbedingte Mandatsverfahren in etwas zu allgemeinen Umrissen beinahe bloß angedeutet ist; man weiß nicht, ob auch dem gesetzlichen Erben ein Duplikat der Bitte, um Beisatzbefehl oder doch eine Ausfertigung des letztern an Verkündungsstatt zu insinuiren, und einer Appellation gegen die Einweisung statt zu geben sei? Da die Prozeßordnung das Einweisungsverfahren unter den Titel: „über die unbedingten Befehle und provisorischen Verfügungen" gestellt hat, so hat sie auch, da ein anderes nicht bestimmt ist, dem gesetzlichen Erben die Berufung gegen die Einweisung und ebenso dem eingesetzten Erben dasselbe Rechtsmittel gegen die Verwerfung des Gesuchs eingeräumt; das großherzogliche Hofgericht des Mittelrheinkreises hat am 18. Januar d. J. in Sachen des Intestaterben des Freiherrn v. D. gegen dessen Wittwe die Appellation gegen ein Erkenntniß zugelassen, worin der Unterrichter dem Gesuche der Intestaterben (theilweise Pflichterben) um Einweisung in die Verlassenschaft deferirt hatte. Es hat dieser Gerichtshof über die Zulässigkeit der Appellation sich gar nicht ausgesprochen, weil, wie es scheint, sich gar kein Bedenken über diesen Punkt erhoben hat, und in Erwägung, daß die gesetzlichen Erben schon ipso jure in Besitz und Gewähr treten, und die beklagte Wittwe nicht durch einen richterlichen Beisatzbefehl in den Besitz gekommen und nach dem Tode ihres Ehemannes bloß faktisch in demselben geblieben war, das unterrichterliche Erkenntniß, wie nicht zu bezweifeln, mit vollem Recht dahin abgeändert:

„daß die Imploranten mit ihrem unstatthaften Gesuch unter Verfällung in die Kosten abzuweisen seien."

Schmidt, Adv.

II.

Ist die Ueberlassuug der Prozeßleitung an die Anwälte wünschenswerth und ausführbar?

(Fortsetzung, siehe Nr. 10 dieses Jahrgangs.)

Dritter Theil.

Von den Rechtsmitteln.

§. 15. Nach dem hier vorgeschlagenen Verfahren sollen die Urtheile von den Gerichten wohl eröffnet, aber nicht zugestellt werden. Die Zustellung bleibt den Parthieen überlassen, die durch die Gerichtsboten sie bewirken können, und nur von dieser Zustellung an laufen die Nothfristen. Die Thätigkeit des Gerichts beschränkt sich durchgängig nur auf Urtheilsfällung oder Vornahme solcher Prozeßhandlungen, die ihrer Natur nach nicht ohne Mitwirkung des Gerichts geschehen können, wie Augenschein, Abhör von Zeugen u. s. w. Was nun die Urtheils-Zustellungen betrifft, so sind solche von dem größten Vortheil für die Parthieen, sie sind den mündlichen Eröffnungen weit vorzuziehen, weil die Parthieen häufig den Inhalt der ihnen nur mündlich eröffneten Urtheile nicht verstehen, und wenn sie den Rath eines Anwaltes suchen, diesem selten genügende Instruktion geben können; hierdurch ist der Anwalt genöthigt, die Akten selbst einzusehen, sie daher von entfernten Aemtern kommen zu lassen, worüber viele Zeit verstreicht, während die Nothfristen, zumal bei summarischen Sachen, verstreichen können. Ja es sind mir und gewiß auch andern Anwälten Fälle vorgekommen, da die Parthieen nicht einmal wußten, daß ihnen ein Urtheil eröffnet worden war, so daß der Anwalt dies erst aus den Akten — manchmal zu spät — erfuhr. Ueberhaupt ist es auffallend, daß unsere jetzige Prozeß-Gesetzgebung, welche den allgemeinen Grundsatz aufstellt:

Kein Rechtsnachtheil kann ohne vorgängige Androhung eintreten. Pr. O. §. 330

gleichwohl die Urtheile in Rechtskraft erwachsen läßt, ohne diesen Rechtsnachtheil angedroht zu haben. Nach §. 386 der Prozeßordnung sollen zwar Belehrungen stattfinden, aber da die unterlassene Belehrung keinen Grund der Entschuldigung bei Versäumung der Nothfristen abgibt so ist es klar, daß die Prozeßordnung in diesem Punkte ihr System verlassen hat, und zu dem allgemeinen Grundsatz zurückgekehrt ist, Jedermann soll das Gesetz kennen. Es liegt aber gewiß sehr nahe, diesem Grundsatz gemäß das ganze Prozeßverfahren zu reguliren, und alle Androhung von Rechtsnachtheilen zu verbannen.

§. 16. Uebrigens tritt die Rechtskraft der Urtheile nur dann stillschweigend ein, wenn keine Appellation angezeigt ist — ist sie aber angezeigt, so muß erst eine Verfallenerklärung erfolgen, welche als Androhung des Rechtsnachtheils gelten kann. So unsere Prozeßordnung. Man kann dieses System beibehalten, nur mit dem Unterschied, daß nicht das Gericht die Verfallenerklärung ausspricht, sondern,

Digitized by Google

wie wir bei den Verſäumniſſen in erſter Inſtanz vorgeſchlagen haben, die Zuſtellung eines Anrufens ſtatt der Verfallenerklärung dient. Der beabſichtigte Zweck wird auf die eine wie auf die andere Art erreicht: die Parthie wird daran erinnert, daß ſie das Rechtsmittel zu verlieren in Gefahr iſt. Aber in dem hier vorgeſchlagenen Verfahren werden eine Menge von richterlichen Beſchlüſſen umgangen, nämlich:

1) die Abſendung der Akten Pr.O. §. 1197.
2) die Rückſendung derſelben §. 1200,
3) die Benachrichtigung der Parthieen,
4) der Antrag und die Erkennung des Verfalls des Rechtsmittels §. 1201,
5) die Wiedereinrufung der Akten, wenn die Beſchwerdeſchrift eingekommen iſt,
6) die Abſendung derſelben an das Obergericht,
7) die Mittheilung der Beſchwerdeſchrift.

Alles dieſes wird dadurch unnöthig, daß der Appellant ſeine Beſchwerdeſchrift innerhalb vierzehn Tagen, nachdem ihm das Anrufen auf Verfall des Rechtsmittels zugeſtellt iſt, dem Appellaten durch den Gerichtsboten zuſtellen läßt. Verſäumt der Appellant dieſe Friſt, ſo mag der Appellat nunmehr ſeine Akten dem Gericht vorlegen und den Verfall des Rechtsmittels ausſprechen laſſen. Nur in dieſem Fall, wo die Reſtitutionsfriſt verſäumt iſt, hat dieſer Ausſpruch des Gerichts eine Wirkung: — das Urtheil wird dadurch rechtskräftig — in allen andern Fällen, wo die restitutio brevi manu zugelaſſen wird, iſt es ganz unnöthig, das Gericht etwas thun zu laſſen, was die Parthieen ſelbſt thun können — es iſt im höchſten Grade zeitraubend, eine Stufenfolge von Beſchlüſſen zu fordern, welche die Gerichte behelligen, und den Parthieen Geld koſten — es iſt endlich lächerlich, die Akten dreimal die Reiſe durchs Land, z. B. vom Hofgericht in Conſtanz an das Oberhofgericht in Mannheim machen zu laſſen.

Das vorzuſchlagende Verfahren wäre demnach folgendes:

Der Appellant läßt die Appellations-Anzeige und die Beſchwerdeſchrift innerhalb der geſetzlichen Friſten zuſtellen. Dann entſcheidet der Inhalt der Beſchwerdeſchrift, ob eine Vernehmlaſſung nothwendig iſt. Die Friſt für dieſe wird durch das Geſetz beſtimmt. Erfolgt ſie in der geſetzlichen Zeit, ſo kann jeder Theil die Sache durch den Präſidenten ſiriren laſſen, nachdem er ſie zuvor in die Rolle hat eintragen laſſen.

Verſäumt aber der Appellant die Beſchwerdeſchrift inſinuiren zu laſſen, ſo wird er durch ein Anrufen des Appellaten monirt, und wenn er abermals läſſig iſt, des Rechtsmittels für verluſtig erklärt, wie oben angegeben iſt. Verſäumt Jemand die Appellationsanzeige und Einführung, ſo iſt das Urtheil eo ipso rechtskräftig.

Verſäumt der Appellat die Friſt zur Vernehmlaſſung, ſo kann der Appellant die Sache bei dem Präſidenten ſiriren laſſen — dem Appellaten ſteht frei, die Vernehmlaſſung noch einen oder mehrere Tage vor der beſtimmten Gerichtsſitzung zuſtellen zu laſſen.

Kommen Zwiſchenurtheile und Beweisführungen in zweiter Inſtanz vor, ſo giebt das Verfahren erſter Inſtanz an die Hand, wie es damit zu halten iſt.

§. 18. Das Appellationsgericht hält ebenfalls ein Buch, worein es ſeine Urtheile unter fortlaufenden Nummern einträgt. Jede Parthie kann davon Ausfertigungen erhalten, um ſie der andern zuſtellen zu laſſen. Auſſerdem theilt das Appellationsgericht ſein Urtheil ex officio dem Gericht erſter Inſtanz mit, welches gehalten iſt, dieſes in ſein Buch einzutragen.

Der Gerichtſchreiber müßte zugleich angewieſen ſeyn, bei den Urtheilen, welche in der höhern Inſtanz entweder beſtätigt oder abgeändert wurden, durch eine Randbemerkung auf dieſe zu verweiſen, und kein ſolches Urtheil auszufertigen, ohne das abändernde oder beſtätigende Erkenntniß beizufügen. Dieſe Vorſicht iſt nothwendig, damit nicht, wenn die Sache vergeſſen oder eine Parthie geſtorben iſt, ein Urtheil der erſten Inſtanz, das ſpäter abgeändert wurde, vollſtreckt werden kann.

Eine weitere Vorſicht dürfte empfehlenswerth ſeyn. Jedem, der eine Appellation ergreift, ſoll es nämlich freiſtehen, durch den Gerichtſchreiber dem Urtheil erſter Inſtanz die Randbemerkung, daß eine Appellation ergriffen worden ſey, beifügen zu laſſen, indem er die in der geſetzlichen Friſt geſchehene Appellationsanzeige oder Einführung nachweißt. Hierdurch kann er die Vollſtreckung eines Urtheils, gegen welches er appellirt hat, verhüten. Iſt ſpäter die Appellation nicht eingeführt, oder nach der Einführung verworfen worden, ſo kann der Appellat die Wirkung dieſer Randbemerkung wieder aufheben, indem er die Verfallenerklärung oder das Appellations-Urtheil eintragen läßt.

§. 19. Was die übrigen Rechtsmittel betrifft, ſo wird kaum

eine Bemerkung nöthig seyn, da aus dem Vorhergehenden schon genugsam erhellt, wie das Verfahren geordnet werden kann.

Vierter Theil.

Von der Vollstreckung.

§. 20. Unsere Prozeßordnung kennt Vollstreckungsbeamte, nemlich Bürgermeister und Exequenten, §. 970. — aber diese dürfen nicht überhaupt die einmal angeordnete Vollstreckung vollziehen, sondern sie müssen zu jeder Vollstreckungsart eine besondere Weisung vom Richter erhalten. Dabei ist es freilich gestattet, mehrere Vollstreckungsarten zugleich in Antrag zu bringen. §. 966. Aber man könnte fragen, wozu bedarf es überhaupt noch einer richterlichen Verfügung der Vollstreckung, wenn die Urtheile die Clausel enthielten:

„Dieses haben Alle, die es angeht, zu vollstrecken."

Man wird mir hierauf antworten, daß man einem Exequenten nicht zutrauen könne, die Vollstreckbarkeit eines Urtheils zu prüfen. Aber in Frankreich, in Rheinpreussen, Rheinhessen und Rheinbaiern ist ihnen diese Prüfung überlassen — und so viel mir bekannt, sind darüber, daß sie dieser Prüfung nicht gewachsen wären, keine Beschwerden laut geworden. Das Geheimniß liegt eben darin, daß die Urtheile solche Kennzeichen an sich tragen, daß Jeder, der nur lesen kann, im Stande ist, zu wissen, ob sie vollstreckt werden dürfen oder nicht. Solche Urtheile, bei denen die Appellation keine aufschiebende Wirkung hat, können die Clausel enthalten: „Dieses ist ungeachtet der Appellation zu vollstrecken." Andere Urtheile dagegen die Clausel: „Dieses ist vorbehaltlich der Appellation zu vollstrecken."

Will man ein solches Urtheil vollstrecken lassen, so müßte man zugleich ein Zeugniß des Gerichtsschreibers beibringen, daß keine Appellation in dem Gerichtsbuche vorgemerkt ist. Natürlich würde der Gerichtsschreiber ein solches Zeugniß erst ausstellen dürfen, wenn man ihn durch Vorlage der Insinuationsbescheinigung überzeugt hat, daß die Frist zur Appellationsanmeldung umlaufen ist. Nach 1196 der Proz Ord. kann zwar die Appellationseinführung erfolgen, wenn auch die Anmeldung versäumt ist; aber diese hat alsdann keine aufschiebende Wirkung. Proz.Ord. §. 1187. — Ebenso kann es mit den Versäumungserkenntnissen gehalten werden. Diese werden rechtskräftig, wenn innerhalb 14 Tagen keine Restitution gesucht wurde. Will man also ein solches Erkenntniß vollstrecken lassen, so muß man ein Zeugniß des Gerichtsschreibers beibringen, daß in dem Gerichtsbuche keine Restitution vorgemerkt ist (siehe oben §. 4). In dem Tenor des Versäumungserkenntnisses wird es darum heißen müssen:

„Dieß ist vorbehaltlich der Restitution zu vollstrecken."

Auf diese Weise dürfte es den Gerichtsboten nicht schwer fallen, die Vollstreckbarkeit der Urtheile selbst zu bemessen; die Parthieen hätten Nichts zu thun, als ihnen die Urtheile sammt jenen Zeugnissen zur Vollstreckung zu behändigen. Sollten die Gerichtsboten demungeachtet Fehler begehen, wie es auch bei dem jetzigen Verfahren vorkommen mag, so kann die verletzte Parthie sich an den Richter wenden, und einen Einhalt erwirken. Proz.Ord. §. 959. Ebenso wird es zu halten seyn, wenn etwa nach Ablauf der Noth- oder der Restitutionsfristen ein Rechtsmittel zugelassen oder eine Wiederherstellung erkannt wird. Proz.Ord. §. 156 a. In diesen besondern Fällen mag der Richter den Einhalt in Gemäßheit des Gesetzes verfügen.

§. 21. Daß die Pfändung von Fahrnissen in dieser Weise, ohne Dazwischenkunft des Gerichts geschehen kann, wird um so weniger Anstand finden, als nach §. 973 der Proz. Ord. dieß jetzt schon bei Steuern, Umlagen, Domanial- und Grundherrlichkeitsgefällen rc. statt findet. In gleicher Weise kann es bei der Wegnahme einer bestimmten beweglichen Sache, oder unbestimmter beweglicher Sachen, wenn der Schuldner im Besitz derselben ist, Proz.Ord. §. 974, gehalten werden. Denn in diesen Fällen handelt der Vollstreckungsbeamte nach dem Inhalt des Urtheils. Gleiche Bewandniß hat es mit der Ausweisung aus Liegenschaften, wo solche im Urtheil selbst verfügt ist. Proz.Ord. §. 976—78. Nur sollte das Gesetz die anzuwendenden Zwangsmittel dem Vollstreckungsbeamten vorschreiben, statt daß sie im §. 976 der Proz.Ord. dem Richter überlassen sind. Was die vom Schuldner vorzunehmenden Handlungen betrifft, Proz.Ord. § 979, so könnte das Urtheil jedesmal die Fristen, binnen deren die Handlung zu thun ist, so wie den zu leistenden Schadenersatz, falls der Schuldner sich der Vornahme der Handlung weigert, vorherbestimmen. Ist Jemand verurtheilt, Etwas zu unterlassen, Proz.Ord. §. 981, so kann in dem Ur-

Digitized by Google

theil zugleich die Strafe für den Zuwiderhandelnden ausgedrückt werden, wie dieß auch in dem Besitzprozesse vorgeschrieben ist. §. 753. Das Gesetz müßte bestimmen, daß bei Wiederholungen die doppelte Strafe eintrete u. s. w.

Was nun die im §. 983 angegebenen Vollstreckungs-Arten betrifft, so können, wie wir gesehen haben, die Pfändungen ohne Dazwischenkunft des Richters geschehen. Schwieriger dürfte es, nach unsern gangbaren Ansichten, bei den übrigen Arten der Vollstreckung seyn, die richterlichen Einschreitungen zu vermeiden. Der Beschlag auf ausstehende Forderungen des Schuldners setzt bei uns immer eine richterliche Thätigkeit voraus. Proz.Ord. §. 1016. Nicht so nach dem französischen Verfahren. Der Gläubiger kann überhaupt einen Arrest anlegen, wenn seine Forderung durch öffentliche oder Privaturkunden bewiesen werden kann, Art. 557. code de pr. — in andern Fällen muß er sich an das Gericht wenden. Art. 558. Dagegen muß er innerhalb 8 Tagen den Arrest bei Gericht rechtfertigen. Art. 563 l. c. Aehnliches könnte man bei uns gestatten. Es sollte dem Gläubiger im Vollstreckungsweg gestattet seyn, durch den Vollstreckungsbeamten die Forderung seines Schuldners mit Beschlag belegen, und sich dann nach umlaufener Frist durch das Gericht definitiv einweisen zu lassen.

Es kann hier nebenbei erwähnt werden, daß unsere Prozeßordnung wohl gestattet, den Dritten, bei dem der Beschlag angelegt wird, vorzuladen, um von ihm zu erfahren, ob und wie viel er schuldig ist; daß sie aber versäumt, anzugeben, welches Verfahren statt finden soll, wenn dieser Dritte nicht erscheint, oder sich weigert, Angaben zu machen. Der code de procédure enthält hierüber ganz genaue Regeln in den Art. 568—578.

§. 22. Die andern Vollstreckungsarten wie die Einweisung in die Benutzung und die Zwangsversteigerung von Liegenschaften können nach dem code de pr. ebenfalls ohne Dazwischenkunft des Gerichts geschehen, doch ist das Verfahren mit so vielen Förmlichkeiten überladen, daß in Rheinbaiern durch das Gesetz vom 1. Juni 1822 ein anderes Verfahren für Zwangs-Versteigerungen eingeführt wurde. Nach Art. 3 dieses Gesetzes erlassen die Gerichte die Befehle zur Versteigerung. Ebenso könnte es bei uns gehalten werden, so daß in dieser Beziehung Nichts an unserm Verfahren geändert würde. Der persönliche Verhaft, wo er als Vollstreckungsmittel zulässig ist, sollte in dem Urtheil selbst angedroht werden, freilich nur, wo darauf angetragen ist. Die Gerichte könnten sich der Formel bedienen:

Dieses ist, nöthigenfalls mittels persönlichen Verhafts zu vollziehen.

Auf diese Weise bedürfte es später keines richterlichen Befehls mehr.

§. 23. So glaube ich gezeigt zu haben, daß die Prozeßleitung nicht allein ohne Nachtheil den Anwälten überlassen werden kann, daß vielmehr dieses Verfahren den Parthieen, den Gerichten und dem Staat zum Vortheil gereichen würde. Die Parthieen gewinnen namentlich an Zeit, weil in jedem Proceß etwa 10—20 richterliche Beschlüsse, von denen jeder 8—14 Tage erfordert hätte, umgangen werden. Das Gericht ist der Mühe der proceßleitenden Verfügungen überhoben und kann seine Thätigkeit den Urtheilen widmen. Der Staat spart an Geld, weil das untergeordnete Personal der Gerichte zum größten Theil wegfällt. Ein Gerichtschreiber (Sekretär) mit etwa 1—2 Kanzlisten wird für jedes Gericht hinreichen. Die Registraturen werden entbehrlich, und dadurch ebenfalls nicht unbedeutende Ersparnisse eintreten.

Uebrigens wird man sich von der Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens dadurch erst vollständig überzeugen, daß man dasselbe da, wo es seit Jahren besteht, kennen zu lernen sucht. Man wird es dann eben so natürlich und der Sache angemessen finden, wie wir jetzt das mündliche Verfahren, seit wir es aus der Erfahrung kennen; während in andern Ländern, wo noch schriftliches Verfahren gilt, die Meinungen über den Werth des mündlichen Verfahrens gewiß getheilt sind. Treffend sagt Göthe:

Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.

Dr. Ladenburg.

III.

Inwiefern ist nach Artikel 7 des Nachtrags zur Prozeßordnung vom 3. August 1837 den Parteien eine Beweisauflage zu machen?

Die erwähnte gesetzliche Bestimmung beantwortet die obigen Fragen dahin, daß der Richter in den Fällen des §. 673. Nr. 2—6 der Proz.Ord., wenn er am Schlusse

des Verfahrens den Beweis über erhebliche Thatsachen gar nicht, oder nicht genügend angetreten finde, den Parteien durch eine Verfügung die Thatsachen zu bezeichnen habe, über welche noch Beweis erforderlich sei.

Die Worte nicht genügend geben einer mehrfachen Deutung Raum, je nachdem man sie auf das mögliche Ergebniß, oder auf den Umfang, oder auf die Form des Beweises oder auf alles dieses zugleich bezieht.

Wenn z. B. eine Partei den Beweis eines doppelseitigen Vertrags mit einer der Vorschrift des L.R.S. 1325 nicht entsprechenden Urkunde antieipirt hätte, wenn eine Partei nur einen Zeugen vorgeschlagen hätte, oder wenn sie nur einen Zeugen benannt und die Thatsachen nicht angegeben hätte, worüber er vernommen werden solle, so wäre in allen diesen Fällen der angetretene Beweis nicht genügend; in den beiden ersten Fällen genügte er bloß der Form und dem Umfang nach, in dem letzten Falle wäre er in jeder Beziehung ungenügend. Begreift nun der Artikel 7 des Nachtrags zur Proz.Ordnung alle diese Fälle unter sich?

Diese Frage wird zu verneinen seyn. Die ratio legis geht dahin, die Parteien darüber aufzuklären, was sie zu beweisen haben, ohne aber die gesetzliche Regel der Beweisantieipation aufzuheben. Als Ausnahme von dieser Regel unterliegt der Artikel 7 cit. einer strieten Interpretation, und ist sonach auf die Fälle zu beschränken, auf die er nach seiner Wortfassung sich bezieht. Wenn also die beweispflichtige Partei keinen Beweis antieipirt hat oder der antieipirte Beweis sich über erhebliche Thatsachen nicht erstreckt, dann bedarf sie der im Art. 7 cit. vorgeschriebenen richterlichen Belehrung über das, was sie zu beweisen habe.

Weiter darf sich aber diese Belehrung nicht ausdehnen, weil das Gesetz ihre Schranken bezeichnet hat und eine ausdehnende Interpretation dieses Ausnahme-Gesetzes unzulässig ist.

In den oben beispielsweise angeführten Fällen wäre die beweispflichtige Partei darüber im Reinen, daß und was sie zu beweisen habe, und es wäre daher kein Grund zur Anwendung des Art. 7 cit. vorhanden.

Wollte man in dem ersten und zweiten Falle, wenn nämlich mit einer der Vorschrift des L.R.S. 1325 nicht entsprechenden Urkunde oder mit einem Zeugen der Beweis anticipirt ist, dem Art. 7 cit. Anwendung geben, so würde man eine indirecte Belehrung darüber gestatten, daß die vorgeschlagenen Beweismittel einen vollständigen Beweis nicht liefern, was zugleich eine Aufforderung der beweispflichtigen Partei enthielte, noch andere Beweismittel vorzuschlagen.

Eine solche Belehrung und Aufforderung ist nach den Worten, wie nach dem Geiste des Gesetzes unstatthaft; es müßte sonst auch dem Richter gestattet seyn, den Kläger dahin zu belehren, seine Klage auf mehr, als einen Klagegrund zu bauen, oder dem Beklagten zu rathen, noch weitere Einreden, als die gebrauchten, vorzuschützen, weil die vorliegenden Vorträge nicht zum Ziele führen könnten; es müßte dem Richter gestattet seyn, im ordentlichen Verfahren eine solche Beweisantretung, wie die fragliche, von Amtswegen einer Kritik bezüglich auf ihr Ergebniß zu unterwerfen, und dem Beweisführer zu sagen, daß er möglicherweise nicht ausreiche, und daher noch andere Beweismittel vorschlagen möge. Ein solches Verfahren wäre offenbar gesetzwidrig.

Die Partei, welche durch ihren Vortrag gezeigt hat, daß sie wisse, daß und was sie zu beweisen habe, bedarf einer richterlichen Belehrung hierüber nicht; welcher Beweismittel sie sich bedienen will, steht in ihrer Willkühr, und sie muß die Beweismittel und die gesetzliche Vorschrift über die Cummulation derselben eben so gut kennen, als die Vorschrift, daß sämmtliche Einreden in der Regel mit der Vernehmtassung auf die Klage vorgetragen werden müssen. Der Richter hat daher in Bezug auf sie keine Pflicht und keine Befugniß zur Belehrung, sondern die antieipirt vorgeschlagenen Beweismittel zu erheben. Dasselbe Verfahren wäre einzuhalten, wenn eine Partei mit einer Privaturkunde den Beweis anticipirt und später den ihr auferlegten Aechtheitsbeweis dieser bestrittenen Urkunde nicht angetreten oder nicht erbracht hätte; es wäre dann ohne weitere Beweisauflage nach Lage der Acten zu erkennen.

Eine Ausnahme dürfte da zu machen seyn, wo dem Richter die Prüfung der vorgeschlagenen Beweismittel ex officio obliegt, wie dieses bei dem Zeugenbeweis und der Eideszuschiebung der Fall ist.

L.R.S. 1341. §. 579 der Proz.Ord.

In diesen Fällen dürfte der antieipirte unzulässige Beweis durch Zeugen oder Eideszuschiebung so zu betrachten seyn, als läge keine Beweisantretung vor, und es wäre hiernach eine Beweisauflage zu erlassen.

Ist die Beweisanticipation formell mangelhaft, wie in dem angeführten dritten Falle, wenn nämlich die Thatsachen nicht angegeben sind, worüber ein vorgeschlagener Zeuge vernommen werden soll, dann ist an den Beweispflichtigen die Weisung zu erlassen, binnen (längstens) 14 Tagen die spezteli anzugebenden Mängel zu

heben, andernfalls das Urtheil nach Lage der Acten gefällt würde, was dann auch nach fruchtlosem Ablauf der Frist ohne Anrufen zu geschehen hat.

Dafür, daß der Beweisführer nicht angewiesen werden könne, den Beweis über eine zum Beweis ausgesetzte von ihm in seiner Beweisantretung übergangene Thatsache nachträglich anzutreten, was durch die Redactions-Noten in Nr. 38 und 45 der Annalen IX. Jahrgangs unwiderlegbar dargethan seyn dürfte, ergiebt sich aus Art. 7 cit. für den vorliegenden Fall der weitere Grund, daß die dort statuirte Frist eine unerstreckliche ist, während sie in der Regel von dem Richter, und zwar sogar ex officio erstreckt werden müßte, wenn er eine solche nachträgliche Beweisantretung zu veranlassen suchte.

Bei Anordnung einer formellen Verbesserung der Beweisantretung kann dieses nicht behauptet werden, denn in diesem Falle kann der Beweisführer keine weitern Beweismittel vorschlagen, und es wird ihm daher auch nicht die Beweisfrist erweitert.

Die nicht vorgeschlagene Beweismittel bleiben dem Beweispflichtigen für die zweite Instanz vorbehalten.

Als Grundsatz dürfte hiernach der Satz gelten:

Der Richter hat dann eine Verfügung nach Maßgabe des Art. 7 cit. zu erlassen, wenn er aus den Verhandlungen im ersten Verfahren ersehen hat, daß die beweispflichtige Partei darüber nicht im Reinen sey, ob sie und was sie zu beweisen habe. Mit andern Worten: der Richter darf das mögliche Ergebniß des anticipirten Beweises nicht berücksichtigen, sondern nur prüfen, ob eine formell richtige, das ganze Beweisthema umfassende Beweisanticipation vorliege. Muß diese Frage bejaht werden, dann hat er sofort die Beweise zu erheben, muß sie in einer oder der andern Hinsicht oder überhaupt verneint werden, so hat er entweder eine Verbesserung anzuordnen oder eine Beweisauflage zu erlassen oder Beides miteinander zu verbinden. Fr. Schenckh.

Anmerkung der Redaktion.

Ich halte die obige enge Auslegung des §. 674 a der Prozeßordnung nicht für richtig.

Nicht nur dann, wenn

1) der Beweispflichtige die Frage der Beweispflicht und deren Umfang unrichtig aufgefaßt und deßhalb im Ganzen, oder doch über einzelne erhebliche Punkte, gar keinen Beweis angetreten hat, sondern auch dann,
2) wenn der über das ganze Thema angetretene Beweis in seinem Ergebnisse ganz werthlos oder doch unzulänglich ist,

hat der Richter die im §. 674 a bezeichnete Anweisung zu einem Beweisnachtrag ergehen zu lassen.

Das Gesetz unterscheidet nicht, und was die angeführten, zur Aufklärung des Geistes und des Gesetzes dienenden Vergleichungen mit dem ordentlichen Verfahren betrifft, so dürften sie wohl eher gegen als für die aufgestellte Beschränkung des §. 674 a sprechen. Auch im ordentlichen Verfahren ist nämlich, wenn der Beweispflichtige das Thema richtig aufgefaßt und über den ganzen Umfang desselben den Beweis angetreten hat, diese anticipirten Beweise aber ihrem Ergebnisse oder Werthe nach nicht vollständig sind, nach den §§. 397 und 398 immerhin noch auf Beweis zu erkennen.

Die Partei soll nicht nur aufmerksam gemacht werden, daß und worüber ihr der Beweis obliege, sondern auch daß die anticipirten Beweismittel dem Richter nicht genügen, um die Thatsache, auf die sie sich beziehen, als juristisch gewiß anzunehmen.

Ganz das, was in dieser Beziehung nach den §§. 393, 396, 397 und 398 im ordentlichen Verfahren gilt, wollte man nun auch für die im §. 674 Nr. 2—6 erwähnten Fälle des abgekürzten Verfahrens einführen. Nicht in Bezug auf die Fälle und den Inhalt der Beweisauflage, sondern nur in Bezug auf das weitere Verfahren gibt der §. 674 a die vom ordentlichen Prozesse abweichende Vorschrift, daß es nach Ablauf der Beweisfrist keines Anrufens von Seiten des Gegentheils, und keines Versäumnißerkenntnisses bedürfe, sondern der Beweispflichtige mit dem Ablauf der ihm vergönnten Frist kraft Gesetzes der weitern Beweise für die nämliche Instanz verlustig werde.

Diese letzteren Verschiedenheiten abgerechnet soll aber die Beweisauflage des §. 674 a das Nämliche enthalten, wie in den Fällen des ordentlichen Verfahrens, sie bezieht das Nämliche und erfolgt unter den nämlichen Voraussetzungen, also nicht nur in dem oben unter Nr. 1 aufgeführten Falle, wo die Frage der Beweispflicht unrichtig aufgefaßt oder überhaupt gar kein Beweis angetreten wurde, sondern auch in den Fällen Nr. 2, wenn der über das richtige Thema wirklich angetretene Beweis ungenügend ist.

Es liegt dieß auch entschieden in dem Wortlaute des §. 674 a, indem hier die beiden Fälle, wo über einen erheblichen Punkt gar kein Beweis angetreten wurde, und wo der angetretene Beweis nicht genügend ist, unterschieden sind, und der Richter für beide Fälle zur Beweisauflage in gleicher Weise angewiesen ist.

Der Umstand, daß im ordentlichen Beweisverfahren (also nach geschehener Beweisauflage) der Beweisführer wegen Unvollständigkeit der Beweisführung (die Verbesserung formeller Mängel ausgenommen) nicht zur Vervollständigung nochmals angewiesen werden darf, ist hier nicht entscheidend denn eine solche Anweisung zur Vervollständigung des unvollständig geführten Beweises findet auch im abgekürzten Verfahren, wenn einmal die im §. 674 a bezeichnete Anweisung erlassen ist, nicht mehr statt. Hier handelt es sich aber nicht um die Unvollständigkeit der innerhalb der anberaumten Beweisfrist beigebrachten Beweise, sondern um die Frage, ob, wenn die anticipirten Beweise ungenügend blieben, die Beweisauflage noch zu erfolgen habe? — und diese Frage ist nach §. 674 a im abgekürzten Verfahren eben so zu bejahen, wie nach §. 397 u. 398 im ordentlichen Verfahren.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 23. Juli 1842.

I.

Ist die Bestimmung des Anhangsatzes 51 auch auf die Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen anwendbar?

(Zum vierten Aufsatz in Nr. 1 der Annalen in diesem Jahre.)

Obige Frage ist nach diesem Aufsatze von dem zweiten Senat des Hofgerichts des Mittelrheinkreises neuerdings beanstandet worden,

(cf. Annal. III. Nr. 4. p. 21.)

nachdem sie vom obersten Gerichtshof im Einklang mit den Hofgerichten des Ober- und Unterrheinkreises längst bejahend entschieden wird.

Jahrbücher n. F. V. p. 467, 468. — Annal. III. Nr. 1, p. 8. — VI. Nr. 2 p. 7, 8. — VII. Nr. 2, p. 12—15. — VIII. Nr. 49, p. 295.

Die in dem oben angeführten Aufsatze vertheidigte Verneinung der Frage wird nach Regeln der Auslegungskunst hauptsächlich daraus abgeleitet, daß Anhangsatz 51 allein von den Streitigkeiten der Handelsgesellschafter spreche, während im ersten Capitel des dritten Titels des Handelsrechts zwischen Handelsgesellschaften und Gesellschaften für einzelne Handelsgeschäfte unterschieden werde — und zwar nach Brauers Ausführung im IV. Band p. 397 geflissentlich — auch der Grund und Zweck der Anordnung in Anhangsatz 51 bei Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen weit weniger eintrete.

Hiergegen möchte aber doch, wie in den oben angeführten Aufsätzen zum Theil schon ausgeführt ist, Folgendes sprechen:

Das erste Capitel des dritten Titels des Handelsrechts, überschrieben:

„Von Handels-Gesellschaften." „Von den verschiedenen Gattungen der Gesellschaften."

wenn es einmal von den Handelsgesellschaften im engern Sinne spricht, dann im Anhangsatz 47 anführt, außer diesen Gattungen der Gesellschaften erkenne das Gesetz auch Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen, schließt damit letztere keineswegs von den Handelsgesellschaften im weitern Sinne aus, sondern stellt sie, wie auch im Anhangsatz 50, neben den Handelsgesellschaften im engern Sinne unter jenen allgemeinen (Gattungs-) Begriff, was auch dem Anhangsatz 1, Absatz 2, 3 entspricht.

Die Ansicht Brauers im IV. Bande seiner Erläuterungen Nr. 16 f. p. 397 widerspricht dem, was er über Anhangsatz 47—50 unter Nr. 14 am Ende gesagt hat und den Bestimmungen des Anhangsatzes 1 b.

Sie ist deßhalb als eine persönliche über die Auslegung des Anhangsatzes 51, 47 für den Richter nicht bindend.

Aus dem Wort „Handelsgesellschafter" im Anhangsatz 51 kann auch nichts gegen die bisherige Auslegung gefolgert werden, denn der ganze dritte Titel handelt nach seiner Ueberschrift von Handelsgesellschaften, mithin auch sein zweites Capitel, dessen Ueberschrift auch nur von Streitigkeiten zwischen Gesellschaften spricht, offenbar von Handelsgesellschaftern, wenn es schon dieß nicht — wie im Anhangsatz 51 — ausdrücklich sagt. Da nach Capitel 1 zu Handelsgesellschaften im Allgemeinen (im Gegensatze von gewöhnlichen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts — Annalen III. Nr. 4, p. 21) auch die Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen gehören, so sind die Bestimmungen des zweiten Capitels auch auf diese anwendbar, was sich namentlich durch Vergleichung der Anhangsätze 1, 1 b, Absatz 2, 3 ergibt.

Auch der Grund und Zweck des Anhangsatzes 51 ist auf Handelsunternehmungen ebenso anwendbar als auf Handelsgesellschaften im engern Sinne; denn die Entscheidung der Streitigkeiten in jenen fordert ebenso wie in letzteren meist technische Kenntnisse: die Einlagen sind häufig ebenso bedeutend, auch ist der Umfang des Geschäfts oft ebenso groß, und gerade die kürzere Dauer der Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen erfordert schnelle Entscheidung der Streitigkeiten, durch welche sonst der ganze Zweck der Verbindung vereitelt werden könnte.

Zweifel an der Anwendbarkeit des Anhangsatzes 51 auf die Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen erscheinen daher nicht gegründet, und sollten den Richter nicht bestimmen, von der bisherigen Anwendung des Gesetzes abzugehen, da solches Schwanken in der Auslegung der Gesetze so sehr nachtheilig im bürgerlichen Leben einwirkt. Stempf *).

II.

Noch ein Wort über die Ausdrücke „Verordnung" und „Verfügung" bei Wechselzuschreibungen!

So sehr auch der Grundsatz, welchen der Verfasser des Artikels in Nr. 47 Jahrgang VIII. der Annalen der Badischen Gerichte ausspricht, geehrt zu werden verdient, insofern er sich nur darauf beschränkt, das Gesetz unbeschadet dessen Integrität mit dem Leben möglichst in Einklang zu bringen, so gefährlich würde derselbe werden, wenn der Richter ihn ausdehnen und seinem Billigkeitsgefühl nachgebend, das Gesetz einzelnen Erscheinungen des Lebens unterordnen würde. Ein solcher den obersten Prinzipien des Rechts widersprechender, die Unverletzlichkeit des Gesetzes untergrabender Grundsatz würde aber in Kraft gekommen sein, wenn die in dem berührten Aufsatz erwähnten Fälle nach der Ansicht des geehrten Verfassers entschieden worden wären.

Wenden wir nämlich unsere Aufmerksamkeit auf die Anhangsätze 110 und 195, die hier allein relevant sind, so werden wir finden, daß sie gleichzeitig emanirte Gesetzesstellen sind, und da der einen vor der andern hinsichtlich ihrer Interpretation sonach durchaus kein Vorzug eingeräumt werden kann, in der Weise ausgelegt werden müssen, daß sie nebeneinander bestehen können. Was nun die von dem verehrten Gegner angegriffene Stellung der im Anhangsatze 195 aufgestellten Vorschriften angeht, so erscheint dessen Ansicht in vollkommenem Widerspruch mit den bekanntesten Interpretationsregeln. Die Location einer Gesetzesstelle kann nämlich nur dann in Frage kommen, wenn diese nicht ihren Willen deutlich kund gibt oder ihr Objekt nicht klar bezeichnet; nur in einem solchen Falle wird ihr Inhalt zunächst auf den in ihrer Umgebung oder auf den unter einem und demselben Kapitel behandelten Gegenstand zu beziehen sein. Hier ist aber von einer durchaus klaren Vorschrift die Rede, somit sehr gleichgültig, wo dieselbe ihre Aufnahme gefunden hat, und es wäre ihre Kraft ebensowenig erhöht worden, wenn es dem Gesetzgeber gefallen hätte, sie dem Anhangsatze 110 beizufügen, als jene vermindert erschien, wenn sie irgend einem Artikel des Handelsrechts, gleichviel welchem, einverleibt worden wäre. — Ob es nun gleich dem Richter durchaus nicht zukommt, die Anordnungen des Gesetzgebers einer Kritik zu unterwerfen, so darf doch wohl bemerkt werden, daß dieser in dem Anhangsatze 195 gerade die schicklichste Stelle fand, um die unterscheidenden Merkmale eines Wechsels von einem Handelszettel anzuführen, weil er hier sich auf das I. Kapitel des 8. Titels zurückbeziehen kann, während es unlogisch gewesen wäre, schon an diesem Orte von den Handelszetteln zu sprechen.

Wenn daher Anhangsatz 110 freilich nicht sagt, der Wechsel müsse das Wort „Verfügung" (Ordre) enthalten, so sagt dieß aber wohl, den Anhangsatz 110 erläuternd, mit dürren Worten Anhangsatz 195, indem er vorschreibt: „Wo ein Brief aus Orten, wo dieses Handelsrecht angenommen ist, (was in den fraglichen Fällen statt fand) nicht die Worte: auf Verfügung (auf Ordre) in sich enthält, da ist ein solcher Brief nicht als Wechsel zu behandeln, soviel Aehnlichkeit er übrigens mit einem solchen habe."

Da nun, wenn zwei an sich coordinirte Gesetzesstellen einen und denselben Punkt behandeln, bekanntlich diejenige von ihnen den Vorzug verdient, welche, während die andere einer doppelten Auslegung unterworfen ist, sich darüber bestimmt ausgedrückt, so kann auch ein Brief, welcher dem klaren Wortlaut des Gesetzes zuwider sich des mit dem Worte „Verfügung" übrigens durchaus identischen Wortes „Verordnung" bedient, nach Ansicht des Landrechtsatzes 6. k, indem im Anhangsatze 195 der Mangel obiger Form mit Nichtigkeit bedroht ist, als Wechsel nimmermehr zu Recht bestehen. Es bedarf nach

*) Hofgerichtsassessor in Mannheim. D. Red.

dem Gesagten wohl schwerlich mehr, noch auf die rücksichtlich der dem ursprünglichen Texte unsers Gesetzbuchs beigefügten Zusätze als authentische Interpretation geltenden Erläuterungen Brauers Bd. IV. pg. 456, 457, 525 zu verweisen und auf die alte Rechtsregel aufmerksam zu machen, daß spezielle Rechtsinstitute, wie das Wechselrecht, welches noch insbesondere die in alten und neuen Gesetzen als causa favorabilis in Schutz genommene persönliche Freiheit so sehr gefährden kann, stets strictissimo zu interpretiren sind; wohl aber dürfte noch zu bemerken sein, daß, wenn auch das gemeine deutsche Wechselrecht mehr auf die Vertragsabsicht, als auf die Form sieht, doch mehrere deutsche Partieulargesetze diese strenger handhaben, und einem Wechselbriefe schon bei dem Mangel des Worts „Wechsel" die Wechselkraft absprechen, und daß daher auch die Strenge unseres Wechselrechts durchaus nicht so exorbitant erscheint.

Wenn endlich dem Nichtjuristen keineswegs zuzumuthen ist, in die Feinheiten der Rechtswissenschaft einzudringen, so darf doch von allen denen, welche Wechselgeschäfte treiben, verlangt werden, daß sie die gesetzliche Requisite eines Wechsels oder Handelszettels kennen, und wenn sie dann die Anhangsätze 110 und 195 gelesen haben, so wird ihrem schlichten Verstande wohl schwerlich entgangen sein, daß sie, um ihrer Sache sicher zu sein, ihre Wechsel auf „Verfügung" oder „Ordre" nicht aber auf „Verordnung" zu stellen haben. v. R.

III.

Dr. Ludwig v. Jagemann (Amtmann zu Heidelberg *). Ueber die Mittel zur Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten mit besonderer Rücksicht auf den 50. Titel des badischen Strafgesetz-Entwurfes. Karlsruhe, 1839. Müllersche Hofbuchhandlung.

Die Schrift ist gegen die §§. 631—633, 635—638 und 659 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Baden gerichtet. Der Verfasser schildert zuerst die Lage eines deutschen (beziehungsweise badischen) Inquirenten, indem er denselben einem Officiere vergleicht, der eine Festung oder ein Lager im Bürgerkriege gegen die innern Feinde schützen soll, aber von einer Reihe von Behörden überwacht wird, welche seine Schritte nicht nach den Umständen, die auf ihn einwirkten, sondern nach dem Erfolge beurtheilen und jeder Beschwerde gegen ihn williges Gehör verleihen.

„Von der einen Seite (sagt er S. 22) wird mit speciösen Gründen auf ihn hingestürmt, energische Maßregeln zur Entdeckung der Wahrheit und zur Festhaltung gewisser Ergebnisse zu ergreifen: von der andern Seite werden eifersüchtig die Grenzen der richterlichen Gewalt bewacht und Jammer und Nothrufe angeschlagen, wenn ein Subjekt auf eine empfindliche Art in den Prozeß hineingezogen wird."

Referent findet diese Klagen nicht gegründet.

Wenn die höhern Stellen energische Maßregeln verlangen, so wollen sie nicht, daß man gegen ein bestimmtes Individuum eine Criminal-Untersuchung einleite, ohne daß der objective Thatbestand des Verbrechens, dessen man solches beschuldiget, existirt, oder, im Falle sich die gesetzlichen Merkmale eines Verbrechens wirklich darstellen, bevor wenigstens ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für das Dasein derselben hergestellt ist; sie wollen nicht, daß man ohne hinreichende Gründe Personen verhafte, Hausuntersuchungen anordne, oder von zwei Mitteln, welche zum Zwecke führen, das drückendere wähle. Thut dieß der Inquirent dennoch, weil er die höhere Anweisung nicht achtet oder das Gesetz mißversteht, und es zeigt sich nachhin, daß es an einer verbrecherischen That durchaus, oder an hinreichenden Beweisen zur Einleitung einer Specialuntersuchung fehlte, oder daß der Verhaftete der Flucht nicht verdächtig und eine Collusion mit Mitschuldigen oder ein anderer Nachtheil nicht zu befürchten, oder daß das Uebel der Verhaftung im schlimmsten Falle größer war, als die zu verhängende Strafe; so wird ihn die höhere Stelle gewiß nicht mit Unrecht zur Verantwortung ziehen. Zeigt sich das Gegentheil, ergibt es sich nämlich, daß er sich zwar Mißgriffe erlaubt habe, diese aber von keinen gesetzwidrigen Folgen begleitet waren, so wird er der Verantwortung entgehen, der Erfolg jedoch seine Handlungsweise nicht rechtfertigen können. Diese bleibt vielmehr gesetzwidrig, wenn auch der Zufall das Unrecht von ihr abwendet. Er giebt übrigens zu, daß dem Stande der Untersuchungsrichter viele Mängel ankleben. Der Grund dieses beklagenswerthen Uebelstandes liegt nach seiner Meinung darin:

*) Jetzt Hofgerichtsrath und Staatsanwalt in Freiburg.

1) „die Vorbereitungsstudien werden nicht eifrig und methodisch genug betrieben;
2) die Stellen sind als höchst lästig verschrieen, und werden daher meist Anfängern überwiesen;
3) die Inquirenten haben durch langjährigen Gebrauch zu viel Spielraum erhalten, nach ihrer Laune zu verfahren."

Das Letztere scheint mir ein Fehler der Oberbehörden zu sein, welche das Aufkommen eines solchen Gebrauches verhindern sollen, und ein Beweis, daß die Ueberwachung so streng nicht geübt wird, wie man nach der Einleitung des Verfassers glauben sollte.

Immerhin findet Referent das, was der Verfasser hierüber anführt, insbesondere die Stelle S. 14: „Ganz andere Controlen müssen noch ausgedacht werden, welche nicht nur die Genauigkeit und Wahrhaftigkeit der an sich sehr nützlichen Criminaltabellen, sondern auch die Aechtheit der Protokolle, die Treue der Akten verbürgen" — im hohen Grade berücksichtigungswerth.

Zur Herstellung eines bessern Zustandes werden folgende Maßregeln vorgeschlagen:

1) die Erweiterung der Wirksamkeit des Staatsanwaltes;
2) die Anstellung tüchtiger und unabhängiger Actuare;
3) die Errichtung von Criminalgerichten und ständigen Criminalsectionen bei den Hofgerichten;
4) die Einführung einer neuen Strafprozeßordnung.

Derselbe billigt am Schlusse seiner Einleitung den Art. 311 des königl. sächsischen Strafgesetzes:

„Staatsdiener und andere in Pflicht stehende öffentliche Beamte, welche die ihnen nach den erhaltenen Instruktionen oder sonst obliegenden Amtspflichten verletzen oder vernachlässigen, sind, in so weit nicht dabei ein schwereres Verbrechen vorliegt, oder durch specielle Anordnungen besondere Strafen vorgeschrieben sind, mit Verweis oder mit einer Geldstrafe bis zu 50 Thalern zu belegen;"

weil er die Aufsichtsbehörden nur zur Einleitung einer dienstpolizeilichen, keineswegs aber auch criminellen Untersuchung und Bestrafung ermächtiget. Der Verfasser unterwirft sohin die allegirten Paragraphen des Entwurfes einer Kritik, welche allerdings geeignet sein dürfte, die Härte der Gesetzgebung und ihre nachtheiligen Folgen auf die Wirksamkeit der Inquirenten anschaulich zu machen.

Referent ist weit davon entfernt, Inquirenten in Schutz zu nehmen, welche aus Leidenschaft oder Parteilichkeit oder aus einer feindseligen Neigung gegen das Gesetz selbst ihr Amt mißbrauchen, um Untersuchungen und Beehaftungen in Fällen vorzunehmen und fortbestehen zu lassen, wo sie das Gesetz für unzulässig erklärt. Inquirenten von diesem Schlage verdienen keine Nachsicht. —

Auch der bloßen Uebertretung prozessualischer Vorschriften aus Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit oder aus übertriebenem Diensteifer müssen, in so fern sie den Ruf und die Freiheit der Personen gefährdet, angemessene Schranken entgegengesetzt werden. Diese Schranken liefert die Disciplinargewalt. Das Gesetz, welches dergleichen Fehltritte zu Verbrechen stempelt, geht daher in der Wahl seiner Mittel weiter, als der Zweck erfordert; es wirkt einschüchternd sogar auf denjenigen, dem es ernstlich um die gewissenhafte Beobachtung gesetzlicher Vorschriften zu thun ist, und erweckt auf solche Weise gegründeten Zweifel gegen seine Gerechtigkeit.

Die Bemerkung des Verfassers S. 22.

„Unmöglich kann ein Inquirent, der jeden Augenblick befürchten muß, mit dem Inquisiten auf eine Bank gesetzt zu werden, mit Energie und Unbefangenheit arbeiten;"

ist gewiß von Erheblichkeit.

Ganz besonders dürfte das, was der Verfasser gegen die §§. 633—36 anführt, die Beachtung des Gesetzgebers in Anspruch nehmen. v. Kettennaker.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gh. Th. Groos.

Bei A. Bieteseld in Karlsruhe ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Ueber die Vorzüge
der
einsamen Einkerkerung,
als
Mittel zur Besserung der Verbrecher
in den
Strafanstalten,
von
Carl August Diez,
Doctor der Medicin und Vorstand der Strafanstalt zu Bruchsal.
gr. 8. geh. 42 kr.

Im Verlage von **Dunker und Humblot** sind so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Anton Friedr. Justus Thibaut's juristischer Nachlass. Herausgegeben von Carl Julius Guyet. Zweiter Band. Römisches Civilrecht.

Auch unter dem Specialtitel:

Lehebuch dee Geschichte und Institutionen des römischen Rechts. Hermeneutik und Kritik des römischen Rechts. Von **Dr. A. F. J. Thibaut.** Herausgegeben vom Oberappellationsgerichtsrath Dr. Guyet. gr. 8. Preis 2½ Thlr.

Die Theilnahme, welche dee im vorigen Jahre erschienene orste, den Code Napoléon behandelnde Band des Weekes unter dem juristischen Publicum fand, wird auch diesem Theile nicht fehlen, welchee für das Studinm des römischen Civilrechts die Grundlagen in jener gediegenen und klaren Darstellung liefert, welche den beruhmten Rechtsgelehrten so sehe auszeichnete, dem es gegeben wae, sich mit gleicher Liebe und Unbefangenheit in die Alterthümer und Quellen einer über zwei Jahrtausende zurückgehenden Rechtsbildung, wie in die Zustände der neuesten Gesetzgebung zu vertiefen.

Auch von dem eesten Bande dieses Woekes:

Lehrbuch des französischen Civilrechts

gr. 8. Peeis 1⅚ Thlr.

sind fortwährend Exemplare durch alle Buchhandlungen zu beziehen.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 30. Juli 1842.

I.

Wer kann Klage auf Ergänzung des Pflichttheils anstellen?

Zur Erläuterung des L.R.S. 721.

§. 1. Zur bessern Anschauung stellt man diesem Aufsatze einen practischen Fall voran.

Valentin Schmitt stellte eine Klage des Inhalts an:

Peter Schäfer habe bei seinem im Jahre 1821 erfolgten Tode 2 Kinder, Katharina, verehelichte Schenck und Apollonia hinterlassen. Am 13. Juli 1819 habe derselbe mittelst Vermögensübergabe sein in circa 6000 fl. bestehendes Vermögen seiner Tochter Katharina übertragen, dagegen seiner Tochter Apollonia nur ein bei ihrer Verheirathung auszuzahlendes, bis dahin aber zu verzinsendes Kapital von 600 fl. und den Sitz im Hause ausgesetzt. Dieselbe sei nun am 6. Oktober 1839 gleichfalls gestorben, und habe den Kläger zu ihrem Universalerben eingesetzt, und dieser die Erbschaft angetreten. Kläger verlangt den der Apollonia Schäfer gebührt habenden Pflichttheil Salva Liquidatione.

Der Unterrichter erkannte: die Klage finde nicht statt, weil die Klage auf Minderung einer Schenkung nur dem Vorbehaltserben, nicht aber dem Erbnehmer gegeben sei, der diese Qualität für sich nicht in Anspruch nehmen könne

Das Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte Ladung und zwar aus folgenden Gründen:

„Der Landrechtsatz 921 bestimmt in seinem ersten Absatze ausdrücklich, eine Minderung der Verfügungen unter Lebenden, wozu nach L.R.S. 1100 a. b. und 1100 b. a. auch Vermögensübergaben gehören, könnten diejenigen, zu deren Vortheil das Gesetz den Vorbehalt macht und ihre Erben und Rechtsfolger verlangen. Zu den Rechtsfolgern der Vorbehaltserben sind aber auch diejenigen zu zählen, welche durch deren letzten Willen ihre Erbnehmer geworden sind. Der zweite Absatz dieser Gesetzesstelle bezieht sich auch nicht auf diese Vermächtnißnehmer der Vorbehaltserben, sondern seinem klaren Ausdrucke nach auf die Vermächtnißnehmer ꝛc. des Verstorbenen d. h. desjenigen, dessen Verfügung unter Lebenden nach seinem Tode (L.R.S. 920) der Minderung unterliegt, und er erklärt nur, daß diesen das Recht, die Minderung zu fordern, nicht zustehe. Die Klage auf Minderung wird daher allerdings auf die Vermächtnißnehmer des Vorbehaltserben, welcher nach dem Anfalle einer der Minderung unterliegenden Erbschaft, verstorben ist, transferirt und die hier angestellte Klage erscheint somit in dieser Beziehung als begründet."

Gegen diese Entscheidungsgründe können mehrfache Bedenken erhoben werden.

§. 2. Die Entscheidung des vorliegenden Falles hängt von der Vorfrage ab: ob das Recht, die legitima zu verlangen, von der Qualität als Kind, oder von der Qualität als Erbe abhänge? Hängt sie nämlich von der Qualität als Kind ab, so wird es sich fragen: wer unter dem Worte Erben des ersten Absatzes des Landrechtsatzes 921 zu verstehen sei. Bekanntlich ist diese Frage eine höchst bestrittene, und besonders bei der bekannten Controverse des L.R.S. 845 ventilirt worden.

Vergl. Merlin Repertoire tom. VII. p. 6.
Grenier Band III. §. 586 — 595.
Band II. Nr. 566. seq.
Toullier Brüsslerausgabe Band III. Nr. 119 bis 125. und
Laukhardt Band III. Nr. 25.
Boileux ad art. 845. 921.

Digitized by Google

Nach diesen Vorbemerkungen zur Sache.

§. 3. Der Art. 920 und 921 des Landrechts verfügen und zwar

a) der Erstere:

Verfügungen unter Lebenden oder auf den Todesfall, welche den gesetzlichen Theil übersteigen, also den Pflichttheil verkürzen, können bis auf den gesetzlichen Betrag bei dem Erbanfall gemindert werden.

Dieser Artikel enthält also die allgemeine Regel:

„daß jeder Pflichttheilsberechtigte die Befugniß habe, auf Minderung sowohl der Schenkungen unter Lebenden als auch testamentarischer Verfügungen anzutragen, wenn er im Pflichttheil durch sie verkürzt ist.

b) Der Letztere (921) bestimmt nun Jenen (920) näher und verfügt:

Eine Minderung der Verfügungen unter Lebenden können nur diejenigen, zu deren Vortheil das Gesetz den Vorbehalt macht, und ihre Erben und Rechtsnachfolger verlangen.

Die Geschenknehmer, Vermächtnißnehmer, und Gläubiger des Verstorbenen können weder diese Minderung fordern noch daraus Gewinn ziehen.

Dieser Artikel unterscheidet nun genauer zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen auf den Todesfall.

Zuerst müssen die Gläubiger befriedigt sein, und dann kann getheilt werden. Es sind also die Gläubiger nicht gehalten es geschehen zu lassen, daß die testamentarische Bestimmung über das Vermögen des Erblassers ohne Berücksichtigung ihrer vollzogen werde. Art. 2092. Es müssen daher

a) alle testamentarischen Disposition bis zum Belaufe der Schulden gemindert werden.

Vergl. Boileux loc. cit.

b) findet es sich dann, daß die testamentarischen Verfügungen eine Verkürzung im Pflichttheil involviren, so kann der Verletzte Ergänzung seiner Legitima verlangen.

Anders aber verhält es sich hinsichtlich der Schenkung unter Lebenden. Die Schenkungen unter Lebenden, durch welche die Legitima verkürzt wird, unterliegen einer Reduction, jedoch nur zu Gunsten folgender Personen:

a) der Descendenten und Ascendenten des Schenkers L.R.S. 913. 914. 915.

b) der Erben (héritiers) dieser Personen,

c) ihrer Rechtsfolger.

Dagegen können die Reduction nicht verlangen

1) die Geschenknehmer (donataire),

2) die Vermächtnißnehmer,

3) die Gläubiger des Verstorbenen.

Als These stellt man auf:

die vorbemerkten Stellen des Gesetzbuchs sagen:

Nur der Blutsverwandte (heritier) sowohl der Pflichttheils-Berechtigte selbst, als der blutsverwandte Erbe (herilier) des Pflichttheilsberechtigten, oder endlich derjenige, welchem es kraft eines besonderen rechtlichen Verhältnisses, titulo speciali zusteht, die Rechte der einen oder der andern dieser Personen auszuüben (Gläubiger, Cessionare, L.R.S. 1166) können die Minderung der Schenkungen unter Lebenden verlangen.

§. 4. So unscheinbar die Frage aussieht:

Ob das Recht die Legitima zu verlangen, von der Qualität als Descendent oder Aseendent oder von der Qualität als heritier abhänge?

so bedeutungsvoll ist sie in ihren Consequenzen. —

Die Bestimmung hinsichtlich des Pflichttheils ist eine Beschränkung der Verfügungsgewalt, welche Jedermann hinsichtlich seines Eigenthums zusteht, sie ist rein positiven Rechtens, und darum aus den Quellen des positiven Rechts zu erläutern.

Vor Einführung des Code galten in Frankreich 2 Systeme:

In den Ländern des geschriebenen Rechts war es angenommen, daß sich das Recht, den Pflichttheil zu fordern, lediglich aus der Qualität gewisser Verwandtschaftsgrade (Descendenten, Ascendenten ꝛc.) ableite; es wurde die Legitima wie eine Schuld der Erbmasse an den Pflichtheilsberechtigten betrachtet, daher dieser auf die Erbschaft verzichten und gleichwohl den Pflichttheil verlangen konnte, und eben so wenig persönlich für die Schulden haftete.

In den Ländern des Gewohnheitsrechtes dagegen beruhte das Recht, den Pflichttheil zu fordern, auf der Qualität als heritier, Erbe.

Wenn folglich ein Pflichttheilberechtigter auf die Erbschaft verzichtete, so trat er gewissermaßen, in Bezug auf die Erbmasse, aus der Blutsverwandtschaft aus, und konnte die Legitima nicht in Anspruch nehmen, indem man den Anspruch darauf als eine Art hereditatis petitio ansah,

welche die Qualität eines Erben, resp. daß man Erbe geworden, voraussetzt. Es war der Verzicht ein Aufgeben der Saisine. Ebenso lag auch hierbei die germanische Idee vom Familieneigenthum zum Grunde, daß die Saisine, welche dem Blutsverwandten (fast wie bei einer Eventualbelehnung) zustand, den nächst gesippten Verwandten zu einem gewissen Theil (Legitima) gar nicht entzogen werde könne. Dieser altgermanische Begriff des Familieneigenthums ist das historische Unterscheidungszeichen zwischen der Legitima des deutschen (Coutumes) und der des römischen Rechts, eine Idee, welche von den französischen Rechtslehrern ganz übersehen wurde.

Es kann sich nun nur noch fragen, welchem dieser beiden Systeme huldigt der Code, und welche Folgerungen fließen aus der Annahme des Einen oder Andern für die vorliegende Frage?

Von den in dieser Beziehung aufgestellten Ansichten scheint mir die Merlins am meisten für sich zu haben, weil er, abgesehen von seiner geistreichen Polemik, seine Meinung aus den Discussionen begründet. Diese oberste Quelle hinsichtlich des Willens des Gesetzgebers scheint mir über die doctrinelle Auslegung den Sieg davon tragen zu müssen, besonders da in der Lehre vom Erbrechte der Code durchgreifender Principien ermangelt, öfter in Inconsequenzen verfällt und Sätze aufstellt, die einem gegebenen allgemeinen Satze widersprechen.

Als nämlich der Art. 921 in seiner ersten Fassung:

„Les créanciers les donataires et légataires du défunt „ne pourront demander la reduction."

im Staatsrath zur Berathung kam, wurde die Frage, und zwar auf Veranlassung Napoleons lebhaft discutirt:

„ob die Gläubiger des Verstorbenen, deren Ansprüche sich aus einer spätern Zeit, als die Schenkung datiren, welche der Pflichttheilsberechtigte mindern läßt, ihre Ansprüche auf den Vermögensbetrag geltend machen können, welchen der Pflichttheilsberechtigte in Folge dieser Minderung herausbekömmt."

Für die Bejahung der Frage wurde angeführt:

der Pflichttheilsberechtigte könne die Minderungsklage nur in seiner Eigenschaft als Erbe anstellen, als solcher müsse er die Schulden zahlen; der Pflichttheil werde nur von dem gegeben, was nach Zahlung der Schulden übrig bleibe; ausserdem würde es einen gehäßigen Charakter an sich tragen, wenn ein Kind das Vermögen seines Vaters genießen, aber nicht seine Schulden zahlen wollte.

Für die Negative brachte man vor:

Nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern in seiner Eigenschaft als Kind, und kraft eines eben dieser Eigenschaft anklebenden Vorzugsrechts, stehe dem Vorbehaltserben die Minderungsklage zu; als Erbe müsse er die Schenkung, wie jeden Vertrag, den der Erblasser eingegangen respectiren; der Gläubiger könne nach der geschehenen Minderung nicht mehr Rechte haben als vorher; wäre es anders, so würde die dem Kinde eingeräumte Wohlthat auf Null herabsinken. Die Mehrheit entschied sich gegen den Artikel und derselbe wurde in folgender Fassung wieder eingebracht.

La reduction pourra être demandée par ceux, au profit desquels la loi fait la reserve, par leurs heretiers au nyant — cause; elle ne pourra l'être par les donataires ou légataires, ni par les créanciers du défunt; *sauf a ces créanciers à exercer leurs droits sur les biens reservés par l' effet de cette réduction.*"

Die gesetzgebende Section des Tribunats bekämpfte lebhaft den Artikel in seiner neuen Fassung und trug vor:

In dem zweiten Abschnitt des Artikels wird bestimmt, daß die Geschenknehmer, Vermächtnißnehmer und die Gläubiger des Verstorbenen die Minderung nicht sollen verlangen können; die Section ist derselben Ansicht; allein es ist weiters beigefügt: Sauf à ces etc.

Darnach könnte das Kind die Minderung nur unter Zahlung der Schulden, welche späteren Datums sind, als die Schenkung, vornehmen. Hiergegen muß sich die Section erklären:

„Die Minderungsklage ist ein rein persönliches Recht, welches die Person als Kind, abgesehen von seiner Eigenschaft als Erbe in Anspruch nimmt; und in Anspruch zu nehmen hat, mag es nun die Eigenschaft eines Erben annehmen oder nicht. Jedenfalls würde die Minderungsklage oft rein illusorisch seyn. Uebrigens ist es in diesem Falle für die Gläubiger des Verstorbenen, deren Ansprüche jüngern Datums sind als die Schenkung gleichgültig, ob das Kind sein Minderungsrecht geltend macht oder nicht, denn macht es dasselbe nicht geltend, so ziehen sie hieraus doch keinen Vortheil."

Darauf schlug das Tribunat den Artikel in folgender Fassung vor:

La réduction des donations entre vifs ne pourra être

demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la reserve, par leurs heritiers *cessionaires ou créanciers*. Elle ne pourra profiter aux créanciers du défunt.

Der Staatsrath erklärte ſich mit der Anſicht des Tribunats in der Sitzung vom 24ten Germinal des Jahres 11. einverſtanden, und ſo kam der Art. 921. in ſeiner heutigen Faſſung zu Stande.

Dieſe Anſicht des Tribunats findet ſich auch in den von Jaubert an das Tribunat und dem von Favard an den geſetzgebenden Körper erſtatteten Bericht ausgedrückt.

Es iſt wohl ſohin kein Zweifel, daß die Geſetzgeber das Recht, den Pflichttheil, alſo auch bei Verletzung deſſelben, deſſen Ergänzung zu fordern, als ein rein perſönliches, dem Kinde in dieſer Eigenſchaft gegebenes Privilegium betrachteten.

Die Gründe nämlich, welche die Einführung des Pflichttheils bewirkten, die Bande des Bluts und die daraus abfließende moraliſche Verpflichtung, die Anforderung der Gerechtigkeit, ein Kind vor dem Andern nicht übermäßig zu begünſtigen, jedenfalls aber das eigene Kind nicht gegen einen Fremden zu benachtheiligen, alle dieſe Rückſichten unterſtützen Merlin's Anſicht, daß das Recht auf den Pflichttheil ein rein perſönliches, nur dem Kinde gegebenes ſei.

Wenn nun aber dieſes Recht ein höchſt perſönliches, aus der Blutsverwandtſchaft abgeleitetes iſt, ſo kann offenbar ein Fremder, den kein Band des Bluts mit dem Erblaſſer des Pflichttheilsberechtigten verknüpfte, keinen der Gründe für ſich geltend machen, welche den Geſetzgeber zur Einführung der Legitima veranlaßten. Der fremde Dritte kann die Gleichheit unter Geſchwiſter rückſichtlich des väterlichen Erbes, die moraliſche Verpflichtung, welche die Bande des Bluts auflegen, nicht für ſich anrufen. Wie iſt nun aber das Wort ihre Erben (leurs heritiers) zu verſtehen? Offenbar werden hierunter nur die geſetzlichen Erben, welchen die Saisine zuſteht, das iſt die Blutsverwandten, verſtanden; Fremde aber, welche kraft Teſtaments zur Erbſchaft gelangen oder beſchenkte donataires ſind unter den Begriff heritiers nicht zu bringen.

Die Richtigkeit dieſer Behauptung ergibt ſich ſowohl aus obigen Erörterungen über das Weſen der Legitima als aus der ganzen Lehre von der Inteſtaterbfolge, nämlich bis zum Satz 931 des Code. Allenthalben wird das Wort heritier von denjenigen Perſonen gebraucht, welchen ein Inteſtaterbrecht zuſteht, wogegen die andern mit dem Namen Successeurs, legataires, donataires u. ſ. w. genannt werden. Es ergibt ſich dieſes ferner aus Art. 1004, 1006, 1008, 1009, 1011, 1013 des Urtertes, und eben ſo aus 1014, woſelbſt geſagt wird, daß der Legatar, wenn er den Teſtator überlebt, das Legat à ses heritiers transmittirt, worunter offenbar wieder nur ſeine Inteſtaterben verſtanden ſind, denen allein das Transmiſſionsrecht zu Gute kömmt.

Es widerſtreitet ſchon dem natürlichen Gefühle, daß ein Fremder ſollte von der Familie den Pflichttheil verlangen können.

Wenn es gleich wahr iſt, daß der Successor universalis ſowohl das vorhandene Vermögen, als die jenem zugeſtandenen Klagrechte überkommt, ſo iſt dieſes jedoch nur von denjenigen Rechten zu verſtehen, welche nicht lediglich der Perſon des Erblaſſers ankleben, unter dieſe gehört das Recht zum Bezug des Pflichttheils.

Dieſes ſcheint auch das Hofgericht in der Eingangs erwähnten Entſcheidung gefühlt zu haben, und will den fremden Teſtamentserben unter die Rubrik des ayant-cause (Rechtsfolger) bringen. Allein das Wort ayant-cause hat wohl hier dieſe Bedeutung nicht. Am beſten ergiebt ſich das Verſtändniß dieſes Worts aus der vom Tribunat vorgeſchlagenen Faſſung des Artikels.

In dem Artikel 921 ſtanden, als er an die geſetzgebende Section des Tribunats geſendet wurde, die nämlichen Worte, wie heute noch:

„par leurs heritiers au ayant-cause."

Das Tribunat machte darauf aufmerkſam, daß dieſe Wortfaſſung Zweifel erregen könnte, und ſchlug vor zu ſchreiben:

„par leurs heritiers, cessionaires ou créanciers."

Brauer hat am Urterte nichts geändert, noch ändern wollen, wie ſich aus ſeinen Erläuterungen ergiebt.

Vergl. auch Toulliers dissertation sur la transmission des droits et obligations à *titre particulier au ayant-cause*, et du sens de ce mot.

Allein man blieb bei der erſten Redaction, weil man annahm, es könne darunter gar Niemand anders verſtanden werden, als die Ceſſionare und Gläubiger. (†)

(†) Daß dieß der Grund der geänderten Redaktion war, möchte wohl zu bezweifeln ſeyn. Eher liegt (bei der Mangelhaftigkeit der

So legen auch alle Eingangs genannten Schriftſteller das Wort ayant-cause des Art. 921 aus.

Dr. Hecker.

II.

Vier Fragen aus dem Gebiete der neuen Stempel- und Sportelordnung.

Das neue Stempel- und Sportelgeſetz iſt noch zu kurze Zeit in Anwendung', als daß man ſich erlauben dürfte, wie dieß ſchon (in dieſen Blättern 1842 Nr. 17.) geſchehen iſt, ein entſchiedenes Urtheil über deſſen Gehalt und Erfolg zu fällen. Weit angemeſſener erſcheint es uns, ſich für jetzt mit der Aufgabe zu beſchäftigen, wie die neue Ordnung auf eine dem Sinne des Geſetzgebers entſprechende Weiſe und im Einklang mit dem Geiſte unſerer Proceßgeſetze anzuwenden ſein wird.

Es war wohl vorauszuſehen, daß jenes Geſetz, mehrfach auf neuen Grundlagen beruhend, in ſeiner Anwendung manchen Anſtänden begegnen werde, und dieſe Anſtände mögen auch die Urſache ſein, daß die Vollzugs-Verordnung zum Geſetze vom 13. Oktober 1840 (Regierungsblatt Nr. 33.) erſt ein Jahr nach Verkündung des Geſetzes erſchien. Einige der hierher einſchlägigen Fragen, theils ſolche die aus dem Geſetze, theils ſolche, die aus der Vollzugsverordnung entſpringen, wollen wir hier zur Erörterung bringen.

1. Wie ſind Urtheile in Beſitzproceſſen zu ſportuliren?

Das Geſetz gibt in Art. 6 — 9 die allgemeine Regel, wornach die Größe der Streitſumme in aufſteigender Reihenfolge von 7 Werthclaſſen den Sportelanſatz beſtimmt. Art. 16. ſchreibt vor: „Die Größe der Streitſumme richtet ſich nach dem Werth des Gegenſtandes, der eingeklagt, oder in Anſehung deſſen appellirt iſt, inſoweit ſolchen die Klage oder die Beſchwerdeſchrift als ſtreitig bezeichnet.“ Nach Art. 17. ſind bei Berechnung der Streitſummen die Beſtimmungen der Proceßordnung (§. 1174. Nr. 1. 2. 4. 5 und 6.) über Berechnung der Appellationsſumme in Anwendung zu bringen. Hinſichtlich der Zinſen und Früchte iſt jedoch die abweichende Beſtimmung getroffen, daß ſie in allen Inſtanzen nur bis zum Tag der Klagerhebung, nicht bis zu dem der Urtheilsverkündung in Anſchlag kommen, und hinſichtlich der Grunddienſtbarkeiten iſt ebenfalls abweichend feſtgeſetzt, daß der Werth des herrſchenden Grundſtückes nicht wenn er höher, vielmehr dann, wenn er geringer iſt, als der Werth des dienenden Grundſtückes, andernfalls der Werth dieſes letztern in Anſchlag kommt. Die Gründe ſolcher Abweichungen laſſen ſich leicht einſehen. Der Werth des Streitgegenſtandes muß ſo aufgefaßt werden, wie er zur Zeit des Proceßbeginns war; der zufällige, oft dem Gegentheil, oft dem Richter, oft auch dem Geſetz zur Laſt

---

Protokolle) die Unterſtellung nahe, daß man die Faſſung änderte, weil die Worte cessionaire et créanciers nicht alles erſchöpften und man daher den allgemeinen Ausdruck „ayant-cause“ brauchen wollte.

Wenn man gleich nach der obigen hiſtoriſchen Entwicklung annehmen muß, daß das Pflichttheilsrecht nur dem Kind als ſolchem und nicht in ſeiner Eigenſchaft als Erben zuſtehe, ſo folgt daraus noch nicht, daß es ein rein perſönliches Recht ſei. Wäre es ein ſolches, ſo könnte es auch auf die geſetzlichen Erben nicht übergehen und überhaupt nicht übertragen werden. Da aber die geſetzliche Vererbung und die Uebertragung des dem Pflichterben zuſtehenden Minderungsrechts nach S. 921 anerkanntermaßen ſtatt findet, ſo iſt es eben damit vom Geſetze als ein gemeines Vermögensrecht des Pflichterben bezeichnet, und es iſt überall kein Haltpunkt dafür gegeben, daß es zwar an die geſetzlichen Erben, nicht aber auch an die Erbnehmer (Teſtaments-Erben) übergehen ſollte. Nach S. 1003 geht auf die Erbnehmer ebenfalls die „geſammte Verlaſſenſchaft“ des Erblaſſers über, folglich im nämlichen Umfange, wie auf die geſetzlichen Erben.

Ueberdies wäre über den im S. 921 enthaltenen allgemeinen Ausdruck „Rechtsfolger“ wohl ſchwer hinaus zu kommen, und ich wüßte es nicht zu rechtfertigen, dem Begriffe dieſes Wortes zuwider, den S. 921 auſſer auf die geſetzlichen Erben nur noch auf Ceſſionaire und Gläubiger anzuwenden, man müßte denn unter ſolchen Ceſſionen nicht nur die Uebertragungen unter Lebenden (durch Verkauf, Schenkung ꝛc., ſondern auch jene auf den Todesfall (durch Erb-, Erbtheil- oder Stückvermächtniſſe) verſtehen. Die Rechtsübernehmer der letztern Art ſind doch eben ſo gut Rechtsfolger (ayant-cause) des Erblaſſers, als die Schenkgeber, Käufer ꝛc.

Es würde ſich bei der entgegengeſetzten Anſicht auch die Sonderbarkeit ergeben, daß das Pflichttheilsrecht des Erblaſſers, wenn er einen Erbnehmer einſetzte, verlorea gienge, wogegen es, wenn er kein Teſtament zurückließe, von ſeinen geſetzlichen Erben noch geltend gemacht werden könnte. Nähme man aber an, daß im erſtern Falle jenes Pflichttheilsrecht gleichwohl beſtehen bliebe, und auf den geſetzlichen Erben, den der Erblaſſer doch ausſchließen wollte, übergienge, während die ganze übrige Verlaſſenſchaft dem eingeſetzten Erben (Erbnehmer) zufiele, ſo wäre die Sonderbarkeit noch größer. D Red.

zu legende Umstand, daß ein Proceß längere Zeit hinausgedehnt würde, soll auf die Urtheilstaxe keinen Einfluß haben, da es genug ist, daß er die Zahl der Stempelbeträge u. s. w. erhöht, und da überdieß eine für den ganzen Proceß gleichbleibende Werthsumme angemessen erscheint, weil sonst bei den verschiedenen Haupt- und Zwischenerkenntnissen immer wieder eine neue Berechnung nöthig würde. Was den Werth der Grunddienstbarkeiten betrifft, so ist es schon eine gewagte, dem wahren Sachverhältniß nicht ganz entsprechende Rechtsdichtung, daß der Werth der Grunddienstbarkeiten bezugsweise Grundgerechtigkeiten dem Werth des einen oder andern der betheiligten Grundstücke selbst gleichgestellt wird, weßhalb hier, wo es sich um Besteuerung handelt, mit allem Fug wenigstens der Werth des minderwerthen Grundstückes für maßgebend erklärt wurde.

Wir rücken nun auf unsere Frage: Soll bei Besitzstreitigkeiten schlechthin der Werth der betreffenden Liegenschaft als Streitwerth angenommen werden? Es scheint uns diese Frage verneint werden zu müssen. Bei Besitzstreitigkeiten ist nicht, wie bei Eigenthumsstreitigkeiten und gewissermaßen auch bei Dienstbarkeitsstreitigkeiten, die Sache selbst Gegenstand des Streites, vielmehr nur deren Besitz. Nun hat aber der Besitz, wenn gleich L.R.S. 544 o ihm unter gewissen Verhältnissen Eigenthumswirkung beilegt, offenbar in allen oder doch den meisten Fällen nicht den nämlichen Werth wie das Eigenthum oder die Sache selbst; er gewährt ja nur einen vorläufigen, eingeschränkten Rechtsschutz, der dem Besitzer durch das nachfolgende Verfahren über den Rechtsstand wieder entzogen werden kann. Der Sportelansatz nach dem Werth der Liegenschaft würde daher der Gerechtigkeit nicht entsprechen. Um dieses klar einzusehen, darf man sich z. B. nur die Fälle vor Augen stellen, wo der Besitz von Grundgerechtigkeiten den Gegenstand des Streites bildet (Proceß-Ordnung §. 746. folg.), weil hier der schon oben berührte Umstand hinzutritt, daß das Gesetz dem wahren Sachverhältniß nicht ganz entsprechend, den Werth der bestrittenen Grundgerechtigkeit dem Werth des Grundstückes, wenn auch nur des minderwerthen von beiden betheiligten, gleich stellt, somit wenn auch noch der Besitz hinsichtlich des Werthes dem Eigenthum gleichgesetzt würde, ein doppeltes Mißverhältniß im Vergleich zum wahren Streitwerth sich ergeben würde.

Unter diesen Verhältnissen wird die Vorschrift des Artikel 19. des Gesetzes bei Besitzstreitigkeiten in Anwendung zu bringen sein. Es wird der Besitz als ein solches Recht zu erachten sein, welches seiner Natur nach eine Werthbestimmung, das heißt eine genaue Angabe des Werthes in Zahlen, nicht zuläßt. Durch Schätzung kann eine solche Werthbestimmung nicht erzielt werden, weil eine dem Schätzer an Handen zu gebender sicherer Maßstab fehlt, wohl aber kann der Richter nach den Verhältnissen billig ermessen, welche der Klassen — und zwar nach der Vorschrift des Artikels der 4 ersten — dem Werthe des Besitzes am meisten entspricht. Daß der Richter hiebei nicht über die vierte Klasse hinaufgreifen soll, dürfte ganz angemessen erscheinen, da dem bloßen Besitz nach dem Obigen nicht leicht ein höherer Werth als etwa der höchste Werthbelauf der 4ten Klasse (1000 fl.) beigelegt werden mag. (†) Wir wenden uns zu einer zweiten Frage:

2. Wie ist gegen Ausländer, welche kein oder zu geringes Stempelpapier gebrauchen, zu verfahren?

In diesen Blättern (J. 1842 Nr. 17. S. 114) hat die Redaction bereits den einzuschlagenden Weg bezeichnet Beim Ausländer kann nicht angenommen werden, daß er unser Stempelgesetz kenne, er ist daher in keine Stempelbuße zu verfällen, bevor an ihn eine geeignete Weisung ergangen ist, wie er sich hinsichtlich des Stempels zu verhalten hat. Ein solches Verfahren möchte wohl bis-

---

(†) Ich bin der Meinung, daß der volle Werth des im Besitzstreite begriffenen Gutes in Anschlag zu bringen sey. Das Gut selbst ist der Streitgegenstand, wenn gleich vorläufig nur über den Besitz desselben entschieden und der Austrag über das Eigenthumsrecht vorbehalten wird.

Das Gut ist (nach dem Ausdrucke des Art. 16. des Gesetzes) „der Gegenstand, der (possessorisch) eingeklagt ist," nach eben jenem Art. 16. bildet daher auch der Werth des Guts als des eingeklagten Gegenstands die für die Taxe maßgebende Streitsumme.

Es bestätigt sich dies durch den Art. 17., wornach die Vorschriften über Berechnung der Appellationssumme auch hier zur Anwendung kommen. Daß nämlich bei Berechnung der Appellationssumme im Besitzprocesse der volle Werth des Guts, um dessen Besitz gestritten wird, in Anschlag komme, ist nicht nur seit dem Bestehen der Proceßordnung, sondern auch schon früher unter dem alten Proceßrechte stets praktisch anerkannt, und meines Wissens noch gar nie bestritten worden. D. Red.

Digitized by Google

her vor den meisten Gerichten beobachtet worden sein. Das neue Gesetz hat in dieser Hinsicht keine Aenderung getroffen, und es findet das frühere Verfahren nicht nur in allgemeinen Rechtsgrundsätzen seine rechtliche Begründung, sondern auch im 6ten Constit.-Edict §. 2. g, worin bestimmt ist, daß der Fremde, wegen aller Handlungen, die weder in sich selbst widerrechtlich, noch nach den Gesetzen seiner Heimath selbst strafmäßig sind, wenn sie hierlands verboten sind, und von ihm ohne Kenntniß dieses Verbots begangen würden, auf eine, nach Befund der Umstände und Wichtigkeit der Sache, vom Richter zu ermäßigende Entschuldigung sich zu berufen das Recht habe.

Die Art der Anweisung, wie dem Stempelgesetz von Ausländer genügt werden soll, bleibt dem Ermessen des Gerichtes, welches die Umstände dabei zu berücksichtigen haben wird, überlassen.

3. Darf durch das in §. 4 — 11. der Vollzugsverordnung vorgeschriebene Verfahren zur Ermittlung des nicht in bestimmten Summen bestehenden Streitgegenstandes das Proceßverfahren selbst aufgehalten werden?

Die Vollzugsverordnung spricht sich hierüber nirgends aus, und man könnte deßhalb, da sie das ersterwähnte Verfahren dem Proceßverfahren nachbildet, hiebei gerichtliche Schätzung und förmliche Beschlußfassung u. s. w. einführt, zur Bejahung obiger Frage verleitet werden. Sie muß aber entschieden verneint werden, denn der Geist der Proceßordnung (zu vergl. §. 260. 674. Nr. 7. 794. 797. u. s. w.), welche durch das Stempelgesetz nicht abgeändert worden ist, durch die Vollzugsverordnung gar nicht abgeändert werden konnte, verlangt gebieterisch solche Verneinung.

4. Wie ist §. 11. der Vollzugsverordnung auszulegen?

Dieser § bestimmt: „In jedem Fall ist über den Werth des Streitgegenstandes förmlicher Beschluß zu fassen und den Parteien zu eröffnen." Geht dieser § auf alle und jede Fälle, mag der Werth des Streitgegenstandes in bestimmten Summen bestehen oder nicht, mag Streit über dessen Werth vorhanden sein, oder nicht u. s. w.?

Wie allgemein auch §. 11. lautet, so wird man doch nicht annehmen dürfen, daß förmliche Beschlußfassung und Eröffnung in allen und jeden Fällen vorgeschrieben werden wollte. Es würde hiedurch in der That ohne Nothwendigkeit und ohne besonderen Nutzen eine beträchtliche Geschäftsvermehrung für den Richter entstehen. Vielmehr wird man den §. 11. nur auf die Fälle der ihm unmittelbar vorhergehenden §§. 6 bis 10. zu beziehen haben, wo der Streitwerth durch richterliches Ermessen, durch Schätzung oder auf sonstige Weise ermittelt wurde. Daß bei einem in bestimmter Summe bestehenden Streitwerth, die förmliche Beschlußfassung und Eröffnung nicht nothwendig und nicht im Sinne der Vollzugsverordnung erscheint, wird wohl kaum bezweifelt werden können. Nach §. 3. haben die Gerichte nur darauf zu sehen, daß die Sporteln richtig angesetzt werden, nicht aber den Ansatz selbst zu besorgen. Die ganz allgemeine Fassung des §. 11. ist daher jedenfalls als ungenau anzusehen, und man darf um so weniger Bedenken tragen, ihn so auszulegen, daß er nicht auf §. 4., sondern nur auf die verschiedenen Fälle der §§. 6 bis 10. bezogen wird, wo sich die Erlassung und Eröffnung eines förmlichen Beschlusses der Sache nach rechtfertigt.

Eduard Brauer.

III.

Beitrag zu den Grundsätzen über Kostendecretur und zu deren Anwendung.

Bei dem Amte Hoffenheim zu Sinsheim wurde durch einen Anwalt eine Darlehensklage auf den Grund eines Schuldscheins angestellt. Der Beklagte gestand das Darlehen und die Aechtheit des Schuldscheins zu, setzte aber die Einrede entgegen, daß er nach dem Schuldschein selbst nur nach und nach das Darlehen heimzuzahlen habe, weßhalb er den Vorschlag machte, Zahlungsziele festzusetzen. Der Kläger, in dessen Schuldschein wirklich diese sonderbare Zeitbestimmung stand, ging mit Freuden auf die Bestimmung von Zahlungszielern ein, nach welchen er innerhalb zwei Jahren zu seinem Guthaben gekommen wäre, weil der Schuldner ihm das Begehren genehmigte, daß die ganze Forderung fällig werden sollte, wenn ein Ziel nicht eingehalten wäre, ohne daß Mahnung nothwendig sei.

Ein förmlicher Vergleich wurde daher abgeschlossen, da

aber das Zahlungsziel nicht eingehalten wurde, nach einiger Zeit von demselben Anwalte unter Vorlage einer neuen Vollmacht eine neue Klage aus dem Vergleiche angestellt, welche die Verurtheilung des Beklagten zur sofortigen Zahlung der ganzen Summe zur Folge hatte.

Der Anwalt reichte sein Kostenverzeichniß für die zweite Sache ein (das für die erste war schon decretirt), in welchem das Amt die Vollmacht als nicht mehr nöthig und die Arrha aus dem Grunde strich, weil die Klage nur eine Wiederholung der früheren enthalten habe.

In einer deßhalb an das Hofgericht des Unterrheinkreises gerichteten Beschwerde wurde ausgeführt, daß die erste Klage aus einem Darlehen, die zweite aus einem Vergleiche angestellt sei, beide daher auf verschiedenen thatsächlichen und Rechtsgründen beruhten, die erste durch den Schuldschein, die zweite durch Vergleichsurkunde begründet sei, und um Nachdecretur gebeten.

Hierauf erließ das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises II. Sen. nach eingeholtem Berichte des Bezirksamts folgendes Erkenntniß:

„Werden in Betracht, daß die Klage zwar als neue erhoben wurde, dieselbe jedoch im Wesentlichen auf demselben Grunde, wie die frühern beruht, für Vollmacht 1 fl. 3 kr. nachdecretirt, dagegen hinsichtlich des Strichs der Arrha die Beschwerde verworfen."

Sapienti sat.

IV.

Etwas über Anwendung des Stempel- und Sportelgesetzes.

Dem Hofgerichte zu Rastatt wurde von dem Advokatenverein allda folgende Eingabe wegen mehrerer einzelner Stempelfälle gemacht.

Da sich bereits in der kurzen Zeit seit Einführung des neuen Stempel- und Sportelgesetzes mancherlei Zweifel ergeben haben, und bei einer unter uns stattgehabten Berathung hierüber verschiedene Ansichten ausgesprochen wurden, so erlauben wir uns, bei hochpreislichem Hofgerichte anzufragen, welche Stempel zu folgenden Eingaben zu verwenden seien, nämlich zu:

1) Appellationsanzeigen,
2) Bitte um Kostendecretur,
3) Beschwerde wegen Kostendecretur,
4) Erklärung wegen richterlich ernannter Sachverständiger,
5) Bitte um Absendung oder Rücksendung der Akten,
6) Aufkündigung der Anwaltschaft,
7) Streitverkündung.

Wir glauben nämlich, daß Art. 2 des Gesetzes nicht buchstäblich auszulegen sei, weil eigentlich auf jede Eingabe eine Verfügung zu erlassen ist, und wäre es auch nur der Beschluß: ad acta. Es möchte vielmehr die Absicht des Gesetzes sein, alle Eingaben, welche nicht den Rechtsstreit selbst und seine Verhandlung, sondern nur unwesentliche Förmlichkeiten, namentlich aber auch das Verhältniß der Anwälte zu den Parteien, betreffen, unter die zweite Klasse zu ziehen.

Damit wir nun nicht entweder durch Verwendung des höhern Stempels unnöthige Auslagen machen, oder durch den niederen Stempel in Strafe gerathen, bitten wir den hohen Gerichtshof, gefälligst sowohl im Allgemeinen, als auch in Bezug auf die oben angeführten Beispiele, über die Auslegung des Art. 2 des Gesetzes sich aussprechen zu wollen.

Hierauf wurde von dem Großherzoglichen Hofgerichte erwiedert: daß nach dortiger Ansicht zu Beschwerden wegen Kostendecretur und zu Streitverkündungen der höhere Stempel zu 30 kr. zu adhibiren seie, für die übrigen bezeichneten Eingaben aber der Stempel zu 3 kr. per Bogen genüge. Der Verein der Advokaten ersuchte hierauf das Großherzogliche Hofgericht, diese seine Ansicht den Aemtern zur Nachachtung mitzutheilen, worauf aber das Großherzogliche Hofgericht nicht einging.

Nichts desto weniger scheint die Bekanntmachung der Ansicht des Großherzoglichen Hofgerichts in den Annalen nicht überflüssig zu sein. Mag es auch wahr sein, daß die Aemter an diese Ansicht des Großherzoglichen Hofgerichts nicht gebunden sind, so ist es doch nicht zu verkennen, daß eine gleichmäßige Anwendung des Sportel- und Stempelgesetzes höchst nothwendig ist, indem sonst über den Gebrauch des Stempels gar keine Sicherheit besteht, und man dorten in eine Stempelbuße verfällt, wo man an einem andern Orte den Betrag des zu hohen Stempels gestrichen erhält. X.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 6. August 1842.

I.

Ueber die Beweislast bei der Einrede der erlöschenden Verjährung ꝛc., insbesondere Landrechtsatz 706, 2234, 2262, 2263.

Es kommt in der Praxis nicht selten vor, daß die Einrede der erlöschenden Verjährung ihre thatsächliche Begründung schon in dem Klagvortrage findet, oder mindestens zu finden scheint, und da in solchen Fällen natürlich dem Kläger der Beweis seiner gegen die Einrede vorgetragenen Repliken auferlegt werden muß, so ist man hie und da in den Gerichten schon verleitet worden, anzunehmen, daß in solchen Fällen der Vortrag den Thatsachen, durch welche die Einrede der Verjährung beseitigt wird, mit zur Klagbegründung erforderlich sei.

Es leuchtet jedoch ein, daß sogar da, wo aus der Klage unzweifelhaft hervorgeht, daß sie verjährt sei, der Richter nach allgemeinen und besondern Bestimmungen der Prozeßordnung solche nur dann berücksichtigen darf, wenn auf dieselben Thatsachen vom Beklagten eine Einrede wirklich gegründet wird.

Wenn nun aber die Einrede vom Beklagten wirklich vorgeschützt wird, so ist die Frage, ob dieselbe schon im Klagvortrage begründet sei, nicht immer reine Thatfrage, und eben so wenig ist es die hieraus zu entscheidende Frage, welcher Beweis dann vom Beklagten und welcher vom Kläger zu übernehmen sei.

Vor allem maßgebend sind hier die civilrechtlichen Grundsätze über den Anfang des Laufs der Verjährung und die Prozeßregel, daß jeder Theil das und nur das beweisen muß, was er zu Begründung seines Rechtsanspruches und beziehungsweise zur Begründung seiner Befreiung von einer Verbindlichkeit, den Vorschriften des Civilrechts gemäß, zu behaupten nöthig hat.

In Beantwortung der letzten Frage spielen dann, wie dieß durch den allbekannten Streit über den Beweis bei der Negatorienklage neuerlich noch oft genug ins Gedächtniß wiederkehrte, die Rechtsvermuthungen eine Hauptrolle, weil natürlich der, welchem in seinen Anführungen eine gesetzliche Vermuthung zur Seite steht, in so fern keinen Beweis schuldig ist.

Wie behutsam aber der anwendende Jurist in der Statuirung solcher Rechtsvermuthungen zu Werke gehen müsse, dieß haben in Bezug auf die obberührte alte Controverse schon Weber und Andere nach ihm gründlich gezeigt, und es hat sich in der neuern Zeit jene Lehre nur dadurch vereinfacht, daß man dort die wahren von den falschen Rechtsvermuthungen ausgeschieden hat.

Jetzt scheint sich hinsichtlich der Frage nach der Beweislast bei der Einrede der Verjährung ein Irrthum in Statuirung von Rechtsvermuthungen bei den Gerichten einschleichen zu wollen, der nicht früh genug bekämpft werden kann, da er bereits gewichtige Autoritäten für sich hat.

Mit dem Cassationshof, mit Merlin und Zachariä nimmt das Großherzogliche Oberhofgericht *) an, der Eigenthümer eines dienstberechtigten Grundstücks, dessen Dienstbarkeitstitel älter als 30 Jahre ist, müsse dem Confessorienbeklagten, der sich auf 30jährigen Rechtsgebrauch beruft, beweisen, daß er in den der Klage vorangegangenen letzten 30 Jahren die Dienstbarkeit ausgeübt habe, weil aus der Bestimmung des Landrechtssatzes 2234 „arg. e contrario „folge, daß demjenigen, welcher zwar seinen frühern Besitz

*) Jahrb. 1840, S. 528 folgd.

„oder einen frühern Erwerbtitel nachgewiesen hat, sich „jedoch gegenwärtig nicht mehr im Besitze befindet, „die Rechtsvermuthung nicht zur Seite stehe, daß er „auch in der Zwischenzeit, nämlich vom Datum des Er„werbtitels oder des frühern Besitzes bis in die neueste „Zeit besessen habe."

In dieser Fassung würde der angeführte Entscheidungsgrund nicht anschlagen, denn der Umstand, daß für den Widerspruch, welchen der Confessorienkläger der Einrede des Beklagten entgegensetzt, keine Rechtsvermuthung besteht, befreit den Beklagten noch nicht von der ihm prozessualisch obliegenden Beweislast, es müßte vielmehr eine Präsumtion zum Nachtheil des Klägers und zum Vortheil des Beklagten behauptet werden können; solches hat denn auch die Redaktionsnote (S. 536) versucht, allein, wie es scheint, ungenügend.

Die Rechtsvermuthung wird hier auf die Bestimmungen der Landrechtssätze 2262 und 2263 gegründet; aus diesen Gesetzen, und besonders der ratio des letztern, soll die Absicht des Gesetzgebers hervorgehen, auszusprechen: „daß „die Geltendmachung jedes Rechtstitels, der 30 Jahre alt „ist, eben damit durch Verjährung erloschen sei."

Allein es hat schon seine hermeneutischen Bedenken, Verjährungsgesetze ausdehnend zu erklären, und eine ausdehnende Erklärung läge doch wohl hierin, da der Art. 2262 nirgends sagt, daß jeder Rechtstitel durch den Ablauf von 30 Jahren unwirksam werde, sondern dort ausdrücklich von Klagenverjährung gesprochen wird; daß aber Klagen nicht schlechthin von der Zeit der Entstehung des Rechts, für das sie bestehen, sondern nur von der Zeit an verjähren, wo zu deren im Rechtstitel liegenden innern Begründung auch die äußern Voraussetzungen, ohne welche sie nicht angestellt werden können, hinzukommen, ist ein auch in der französischen Jurisprudenz völlig ausgemachter Satz.

Delvincourt etc. (Brüsseler Ausgabe) II. S. 113.

Troplong prescript. (Brüsseler Ausgabe) II. S. 359.

Desgl. Landrechtsatz 2257.

Es wurde bisher nicht bezweifelt, daß nicht allein in den Fällen, welche der allegirte Landrechtsatz ausdrücklich anführt, sondern auch in allen andern, wo dem Rechtsuchenden die Klage zu erheben in gleicher Weise unmöglich ist, die Verjährung nicht laufe, und dem Einsender ist nicht bekannt, daß bis jetzt ein französisches Tribunal oder ein Commentator dieser mit den Grundsätzen der römischen Klagenverjährung übereinstimmenden Theorie und dem Wortlaut des Art. 2262 zuwider den Satz aufgestellt hätte, daß gegen jeden Rechtstitel durch den bloßen Ablauf von 30 Jahren, vom Tag seiner Entstehung an, die Einrede der Verjährung ohne Weiteres begründet sei.

Duranton, in der Fortsetzung von Toullier, Bd. 22, Tit. 20, Nr. 347, welche Stelle die Jahrbücher allegiren, spricht auch gleich im Eingange den nirgends bezweifelten Satz aus: après trente ans de silence de la part du créancier *depuis l'exigibilité* de la dette, son droit est prescrit, und zeigt hiermit schon deutlich, daß er bei der Auslegung des Art. 2263 an jener unerschütterten Regel des römischen Rechts, daß die actio nata sein müsse, damit die Verjährung zu laufen anfange, eine Aenderung im Allgemeinen jedenfalls nicht behaupten wollte. — Auch darüber spricht sich der genannte Ausleger in der angeführten Stelle nicht so, wie die Mittheilung in den Jahrbüchern, bestimmt aus, daß die ratio der Vorschrift darauf beruhe, daß der Rentengläubiger, dessen Titel über 30 Jahre alt ist, dem Schuldner, welcher die Verjährung vorschützt, beweisen müsse, daß er in der Zwischenzeit die Rente bezogen habe, er sagt nur: on sent, qu'il serait facile au débiteur, au bout de trente ans, de prétendre qu'il a cessé de faire le service de la rente depuis telle époque, et qu'elle est maintenant prescrite. Le titre nouvel obvie à ce danger.

Freilich wäre die Gefahr des Gläubigers nicht sehr groß, wenn man von der Ansicht ausginge, daß der einredende Schuldner seine Einrede in der von Duranton angegebenen Art nicht nur thatsächlich zu begründen, sondern auch die Thatsache zu beweisen hätte, daß er seit 30 Jahren aufgehört habe zu zahlen, und es liegt deßhalb nahe genug, zu unterstellen, daß der Gesetzgeber hier von der Ansicht ausging, es liege in solchem Falle dem klagenden Gläubiger der Beweis ob.

Diese Unterstellung hat aber ihren rechtsgeschichtlichen Anhalt nicht in einem Sachverhalte, welcher von der Beschaffenheit wäre, daß daraus eine Ausdehnung des Grundsatzes der geänderten Beweispflicht oder eine Vermuthung für den Verjährenden in Bezug auf die Klagenverjährung überhaupt gefolgert werden könnte; jene historische Grundlage ist vielmehr, wie sich aus der Diskussion des Art. 2263 ergibt, ganz besonderer Natur.

Es war bekanntlich früher noch mehr wie jetzt unter den Lehrern des römischen Rechts bestritten, wann bei periodischen Leistungen, mit oder ohne accessorische Natur, die Verjährung des Rechts selbst zu laufen anfange; man war zwar einig, daß durch wirkliche Erfüllung der periodischen Verbindlichkeit die Verjährung des Rechts unterbrochen werde, allein darüber war man wieder uneinig, ob der Gläubiger die Leistung oder der Schuldner die Nichtleistung zu beweisen habe. — Wenn man sich häufig, und besonders in der ältern französischen Gerichtspraxis, dafür entschied, daß der Beweis dem Gläubiger obliege, so war wohl ein Hauptgrund, welcher sich hierfür anführen ließ, die Bestimmung des römischen Rechts*), welche dem Gläubiger das Recht einräumte, einen Gegenschein (antapocha) zu verlangen, so oft er selbst eine Quittung ausstellte; an die Stelle dieses Rechts auf jedesmalige Ertheilung eines Gegenscheins war zur Zeit der Abfassung des Code in Frankreich längst durch die Praxis ein Recht des Gläubigers auf zeitweise Erneuerung des Erwerbtitels getreten, und dieses auf der angeführten römischen Grundlage ausgebildete Recht näher zu normiren war die Absicht beim Art. 2263**).

Wenn nun aber in neuerer Zeit, besonders auch durch Savigny***), die Ansicht hinlänglich begründet ist, daß, wie überhaupt, so insbesondere auch bei periodischen Leistungen, der Schuldner, welcher die Einrede der Verjährung vorschützt, die (obschon negative) Thatsache der Nichtleistung zu behaupten und zu beweisen habe, und hiernach die Vorschrift des Art. 2263 aus einer irrigen Auffassung des römischen Rechts hervorgegangen zu sein scheint, so ist solche jedenfalls auf ihren Gegenstand, nämlich auf Renten, zu beschränken; man wird aber auch Anstand nehmen müssen, selbst in Bezug auf Renten den Grundsatz, daß der Rentengläubiger, dessen Titel über 30 Jahre alt ist, die Negative der Verjährungsthatsachen beweisen müsse, gelten zu lassen; denn wenn gleich unser Landrechtsatz 2263 nicht so wie in der eben angeführten römischen Gesetzesstelle geschehen ist, ausdrücklich sagt, daß dem Gläubiger der Nichtgebrauch des Rechts, eine Gegenquittung zu fordern, in keiner Weise präjudiciren solle, so spricht doch hierfür auch bei uns der in eben jener L. 19 de fid. instr. für die so eben angeführte Schlußstelle beigefügte allgemein gültige Grund der Bestimmung: „weil nämlich das, was zu Jemandens Vortheil verordnet „ist, nicht zu seinem Nachtheil verkehrt werden dürfe."

Der Art. 2263 gibt dem Gläubiger ein Recht, dessen er nach der richtigen Theorie über die Beweislast bei der Klagenverjährung nicht bedarf, das ihm aber dennoch in einzelnen Fällen zur Abschneidung von Weitläufigkeiten nützlich sein kann, ganz wie die Antapocha der Römer; nach der Interpretation, welche hier bekämpft wird, würde ihm aber dadurch eine den allgemeinen Regeln der Beweislast widerstreitende Last aufgebürdet, ohne daß eine solche Absicht im Gesetze ausgesprochen wäre.

Trefurt.

*) L. 19 C. de fid. instr. (4. 21.)

**) Vgl. Troplong prescr. II. S. 416.

***) System des heutigen röm. Rechts V. S. 305 flgde.

II.

Ueber das Sportel- und Stempelgesetz vom 13. Oktober 1840, Regierungsblatt Nro. XXXIII.

Das neue Sportelgesetz geht von dem anerkannt richtigen Grundsatze aus, daß, je öfter und je länger eine Person die richterliche Thätigkeit in Anspruch nehme, sie desto mehr zur Bestreitung der Kosten der Civiljustiz-Verwaltung beizutragen habe.

Wenn aber in dem §. 6 des allegirten Gesetzes lediglich der Werth des Streitgegenstandes als Norm für den Sportelansatz vorgeschrieben ist, so scheint sich dieses mit dem Grundsatze nicht vereinigen zu lassen, da die Beschäftigung des Richters mit der Streitsumme nicht in Wechselwirkung steht, vielmehr häufig die Verhandlung über den Anspruch auf eine große Summe sehr kurz ist, und daher auch wohlfeiler, als sie es nach der gesetzlichen Norm ist, sein sollte. Es scheint mir daher im Interesse der Gerechtigkeit nothwendig zu sein, daß der Richter ermächtigt werde, in Fällen, wo die nach Art. 6 leg. cit. anzusetzende Urtheilsportel in einem auffallenden Mißverhältniß mit seiner durch die Verhandlung in Anspruch genommenen Thätigkeit steht, in der ersten Klasse unter das gesetzliche Maaß von 15 und 8 fl. herabzugehen, und statt der Ansätze in den höhern Klassen einen der Ansätze in den niedrigeren Klassen nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu wählen.

Wie könnte es gerechtfertigt werden, daß eine auf Zahlung von 200 fl. belangte, diesen Anspruch alsbald zu-

stehende und den Richter eine halbe Stunde lang beschäftigende Person für das hierüber aufgenommene Protokoll 24 kr. Sporteln und eine Urtheilssportel von 3 fl. zu bezahlen hat, während ein für die Summe von 150 fl. in Anspruch Genommener, welcher den Prozeß über das Beweisverfahren hinausschleppt, nur 45 kr. für das Beweiserkenntniß und eine Urtheilssportel von 1 fl. 30 kr., mithin im Ganzen nur 2 fl. 15 kr. zahlen muß, und doch die Thätigkeit des Richters im Ganzen vielleicht zwei Tage oder noch länger in Anspruch nimmt.

Der Sportelansatz nach der Streitsumme beruht auf keinem rechtlichen Fundament; die Billigkeit mag dafür sprechen, allein sie darf nicht in Ungerechtigkeit ausarten, wie dieses in dem oben erwähnten Falle geschieht.

Dem Grundsatze des Gesetzes und der Billigkeit entsprechender wäre vielleicht folgende Klassifikation:

An Sporteln ist anzusetzen

bei dem	Amt.	Hofgericht.	Oberhofger.
1) bei einer Streitsumme unter 100 fl.	30 kr. bis 2 fl.	3 fl. bis 5 fl.	5 fl. bis 8 fl.
2) bei einer Streitsumme über 100 fl.	1 fl. bis 12 fl.	4 fl. bis 24 fl.	6 fl. bis 36 fl.

In allen Fällen bliebe der Sportelansatz innerhalb der gesetzlichen Schranken dem richterlichen Ermessen überlassen, und es wäre hierbei darauf zu sehen, ob ein Rechtsstreit verwickelt gewesen, und deßhalb die richterliche Thätigkeit mehr in Anspruch genommen habe oder nicht, wonach dann der Sportelansatz pflichtmäßig zu bewirken wäre.

Zur Begründung dieser Klassification mag Folgendes dienen:

Zu Klasse I.

In dem abgekürzten Verfahren wird in der Regel die richterliche Thätigkeit weniger in Anspruch genommen, als in dem ordentlichen, daher hier geringere Ansätze nach dem Grundsatze, wie nach der Billigkeit, gerechtfertigt sind.

Machen Prozesse der Art ein weitläufigeres Verfahren nöthig, so ist es recht und billig, daß ein höherer Sportelansatz (bis zu 2 fl.) stattfinde; lassen sie sich aber ohne Beweisauflage in ganz kurzer Zeit erledigen, oder ist die Streitsumme sehr gering, so ist es ebenfalls recht und billig, daß selbst unter den Sportelansatz von 1 fl. herabgegangen werde.

Zu Klasse II.

Die Ansätze in dem Art. 6 des Gesetzes scheinen in der 3ten, 4ten, 5ten, 6ten und 7ten Klasse für die erste Instanz (das Amt) und in sämmtlichen Klassen für die höhern Instanzen zu hoch zu sein. Die Bestreitung der Kosten der Justizverwaltung scheint nach den vorliegenden Budgets eine so bedeutende Erhöhung der Sporteln nicht zu erfordern †). Es müssen so nebenbei noch, wenn sich die Verhandlung weiter ausdehnt, Auslagen für weitere Stempel gemacht und Sporteln für die Protokolle (bei den Aemtern immer, bei den Obergerichten in gewissen Fällen Art. 4 leg. cit.) und das Beweiserkenntniß u. s. w. bezahlt werden. —

Eine Reducirung der Klassen auf zwei ist auch deßhalb noch wünschenswerth, weil es fast unmöglich ist, die gesetzlichen sieben Klassen dauernd dem Gedächtnisse einzuprägen, zumal da bei den Deserviten-Ansätzen wieder eine andere Klassification stattfindet, und daher ein stets zu wiederholendes Nachschlagen des Gesetzes fast unvermeidlich ist, wodurch allerdings im Ganzen ein namhafter Zeitverlust entsteht. Die vorgeschlagenen zwei Klassen wird sich jeder Richter leicht einprägen können.

Die Nebensachen sollten so wenig als möglich dem Richter Mühe machen, und namentlich dem Einzelrichter, dessen Thätigkeit gegenwärtig durch so viele und so verschiedenartige Gegenstände zersplittert wird.

Eine Erhöhung des Sportelansatzes in den höhern Instanzen rechtfertigt sich aus dem Grundsatze, da die Besoldungen des Personals der höhern Instanzen einen weit größern Kostenaufwand als die der Einzelrichter nothwendigmachen. —

Wenn auch das neue Gesetz, wie jedes Gesetz, seine Schattenseiten hat, so werden doch schwerlich die Richter und die verständigeren Parteien mit dem Verfasser des Aufsatzes Nr. I in den Annalen Nr. 17 diesem kaum in das Leben getretenen Produkte reiflicher Ueberlegung und Berathung eine völlige Vernichtung wünschen und das alte Gesetz wieder eingeführt sehen wollen. Der Kern

†) Nach den Zusammenstellungen, welche das Finanzministerium erhoben hat, betragen die Sporteln, einschließlich der Stempel, nach dem neuen Gesetze im Ganzen nicht nur nicht mehr, sondern bedeutend weniger als früher. Dieses Resultat ist ganz unerwartet. Es war übrigens schwer, bei Berathung des Gesetzes sich zum voraus eine ganz sichere Rechnung zu machen. D. Red.

des neuen Gesetzes ist gut, seine hie und da rauhe Schaale wird die gesetzgebende Gewalt unter dem Beirathe der Praxis bald glätten und geschmeidiger machen.

Für die Anwälte führt es allerdings mancherlei Unannehmlichkeiten herbei, unter denen namentlich die Vorschüsse für Stempel und bei Ausländern auch noch die Vorschüsse sämmtlicher Sporteln*) von Bedeutnng sind; indessen lassen sich diese Mißstände heben, wenn die Anwälte im Verein einen bestimmten Vorschuß von Seiten der Parteien festsetzen oder verlangen, daß eine zahlungsfähige Person Behufs der Zahlnng der Vorschüsse ihnen namhaft zu machen sei.

Die in den Annalen l. c. gegen das neue Gesetz erhobenen Bedenklichkeiten finden in dem Kreise der bis jetzt gemachten Erfahrungen keine feste Stütze.

Eine Vertheuerung der Justiz auch in erster Instanz (bei den Aemtern) ist zwar eingetreten **), allein keine bedeutende, und dieses dürfte nicht zu tadeln sein, da die Sportelansätze nach der alten Sportelordnung im Ganzen wohl etwas zu niedrig waren, und nach den vorliegenden Budgets die Kosten der Justizverwaltung wohl nicht ganz deckten.

Die Verfolgung rechtlicher Ansprüche von Seiten Unbemittelter wird durch diese Steigerung der Gerichtskosten nicht erschwert, da in Folge derselben der Weg zum Armenrecht zugänglicher gemacht werden muß.

Eine kostspieligere Justiz in zweiter und dritter Instanz ist nach dem Grundsatze, von dem jedes Sportel- und Stempelgesetz ausgehen muß, offenbar gerechtfertigt. Unbemittelten hilft auch hier das Armenrecht.

Die Verschiedenartigkeit des Stempels wird dem Juristen und dem im Denken gewandteren Nichtjuristen sehr bald geläufig.

Diejenigen, welche das Gesetz nicht verstehen, mögen sich des mündlichen Verfahrens bedienen, und es scheint, daß in Folge der höhern Stempel das mündliche Verfahren noch mehr, als bisher, gesucht werde, was für die Richter, denen früher die confusesten Schriften in Menge zuströmten, sehr wünschenswerth und für die Parteien sehr vortheilhaft sein würde.

Der Gebrauch verunglückter Stempel als Beilagen ist nirgends untersagt; es wird daher an seiner Zulässigkeit nicht zu zweifeln sein.

Die in Aussicht gestellten Controversen über den Gebrauch des Stempels und die Sportelansätze sind durch die Redactionsnoten siegreich beseitigt.

Die Sportelansätze werden dem Richter bald geläufig, namentlich wenn, wie oben vorgeschlagen, die Klassen des Artikels 6. leg. cit. vermindert werden. Von einer großen Geschäftsvermehrung in Folge des Sportelansatzes kann selbst jetzt keine Rede sein, und es macht dem Richter keine große Mühe, seine Pflicht, die Sporteln selbst anzusetzen, zu erfüllen.

Der Artikel 19. des Gesetzes ist durchaus nicht verwerflich; er ist eine klare Folgerung aus dem unbestreitbar richtigen obersten Grundsatze. Die gesetzliche Sanction der freien Bewegung des richterlichen Ermessens in nicht engen Schranken ist das beste Mittel, unvermeidliche Härten der Gesetze zu beseitigen und die Gesetze allen Fällen, welche unmöglich dem Gesetzgeber vorschweben können, anzupassen. Das Ermessen darf aber nicht in Willkühr, in Handeln ohne Gründe, ausarten. Muß man hier im Criminalprozeß das Erkenntniß über den Untersuchungs-Verhaft, über die Vornahme einer Haussuchung u. s. w. dem richterlichen Ermessen überlassen, warum sollte man ihm mißtrauen, wenn es sich um den Ansatz von einigen Gulden Sporteln handelt? die Richter werden im Zweifel für den geringeren Sportelansatz sein.

Eine kurze Vergleichung des neuen Gesetzes mit dem alten wird die Vorzüge des erstern nicht verkennen lassen:

Das neue Sportelgesetz beruht, wie oben erwähnt, auf dem Grundsatze einer rechtlichen und billigen Vertheilung der Kosten, welche durch die Civiljustizpflege entstehen, unter diejenigen, welche die Hülfe der Gerichte in Anspruch nehmen.

Die alte Sportelordnung ging von dem Grundsatze der Gleichheit der Sportelansätze aus, ohne Rücksicht auf die Streitsumme oder die Verwickelung der Prozesse und die dadurch entstehende längere Beschäftigung des Richters zu nehmen. Sie gibt durchgehende Sportelansätze (mit einigen Ausnahmen z. B. bei Arrestdecerten) für die erste Instanz, etwas höhere für die zweite und noch etwas höhere für die dritte Instanz in allen Prozessen.

---

*) Dieß galt übrigens auch bisher schon unter der frühern Gesetzgebung. D. Red.

**) S. dagegen oben die Note †). D. Red.

Der Grundsatz der Gleichheit der Sportelansätze in den verschiedenartigsten Prozessen kann gewiß auf Gerechtigkeit und Billigkeit keinen Anspruch machen.

Das neue Gesetz ist deutlich, bestimmt und vollständig; es läßt in keinem Falle darüber im Zweifel, wieviel als Sportel anzusetzen, und wohl auch darüber nicht, welcher Stempel anzuwenden sei.

Das alte Gesetz begünstigt dagegen durch seine auffallende Unbestimmtheit die Willkühr. So konnte man z. B. für einen Zahlungsbefehl 15 kr. oder 9 kr. Sporteln ansetzen, je nachdem man ihn als amtliches Decret oder als amtlichen Befehl betrachtete.

Dieselben Ansätze konnte man für ein s. g. Liquiderkenntniß machen; man konnte aber auch für ein solches Liquiderkenntniß, als decretum decisivum an Sporteln 45 kr. ansetzen, wodurch dasselbe mit dem Urtheile in dem verwickeltsten Prozesse auf gleicher Sportelhöhe stand.

Urtheile sollten sportulirt werden:

bei dem Oberhofgericht mit . . . . . 4 fl. 30 kr.,
„ den Mittelgerichten „ . . . . . 3 fl. —
„ „ Untergerichten:

a) wo keine schriftlichen Verhandlungen zugelassen wurden, wie Bescheide, also nach der Sporteltaxe der Protokolle, welche nach der Zeitdauer zu berechnen war; (eine Anwendung des richtigen Grundsatzes, jedoch zu sehr bedingt durch die Individualität des Richters).

b) wenn solche auf Verlangen der Parteien in forma solenni ausgefertigt werden müssen . . . . . 2 fl.

Decreta decisiva sollten, wenn ihr Gegenstand nicht schon eine besondere Taxe hatte, sportulirt werden:

bei dem Oberhofgericht mit . . . . . 4 fl. 30 kr.,
„ den Mittelgerichten und untern Stellen mit 45 kr.

Da auch nach dem prozessualischen Sprachgebrauch Decisivdecret mit Urtheil gleichbedeutend ist,

Martin, Lehrbuch des gem. bürg. Prozesses §. 109.
Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß Seite 175,

so ist der Sportelansatz hier wieder willkührlich.

Die obigen Sportelansätze für Urtheile in 2ter und 3ter Instanz sind im Verhältniß zu dem durch die Besetzung der Obergerichte entstehenden Kostenaufwands zu gering, während der Ansatz von 2 fl. für eine Urtheilsausfertigung in forma solenni übermäßig hoch ist.

Der auffallend und grundlos hohe Ansatz von 45 kr. für ein decretum executivum ist durch das neue Gesetz aufgehoben worden.

Unter der Herrschaft des alten Gesetzes war die gewissenhafte Prüfung einer Liquidation der Prozeßkosten in einem etwas beleibt gewordenen Prozesse mit ihren hundert Sportelquittungen für den Richter eine Arbeit von einigen Stunden; durch das neue Gesetz ist auch diesem Uebelstande abgeholfen, da die Sportelansätze für prozeßleitende Decrete, welche der Anzahl nach die meisten waren und je eine Quittung nothwendig machten, aufgehoben sind.

Aehnliche auffallende Mängel und Inconvenienzen aufzufinden, fällt nicht schwer; so viele Mängel des alten, so viele Vorzüge des neuen Gesetzes. Fr. Schenkh.

III.

Ueber die Competenz der Aemter zu Ladungsversagung in Ehescheidungssachen und Erörterung der Frage: ob die vom beklagten Ehemann begangene Bestialität ein Ehescheidungsgrund für die Frau seie?

In Nr. 34. der Annalen von 1837 ist versucht worden, die Competenz der Aemter zu Ladungsversagungen in Ehescheidungsfällen zu begründen; ich halte die dort aufgestellten Ausführungen nicht richtig und will versuchen, die hofgerichtliche Verfügung zu rechtfertigen, durch welche das Erkenntniß des Amtes H. als incompetent aufgehoben wurde, und dieser Ausführung die Erörterung der Frage beifügen: ob die vom Ehemann begangene Bestialität als ein gesetzlicher Scheidungsgrund für die Ehefrau gelten könne:

Abgesehen davon, ob materieller Grund vorlag, die von Christina E. zu B. gegen ihren Ehemann M. R. eingereichten Ehescheidungsklage angebrachtermaßen abzuweisen, so kann doch das Amt in keinem Falle befugt sein, eine Ehescheidungsklage angebrachtermaßen abzuweisen.

Der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 34. sucht seine entgegenstehende Ansicht durch mehrere Paragraphen der neuen Prozeßordnung zu begründen; allein die Prozeßordnung, bestimmt für reine Civilprozesse, kann für die Ehe-

Digitized by Google

scheidungsprozesse gar keine Anwendung finden, für diese ist der Code Napoleon in den Sätzen 234 bis 294 selbst die Prozeßordnung, in Verbindung mit den Bestimmungen der Eheordnung, und nach diesen konnte auch das Hofgericht gar nie in den Fall kommen, eine Ehescheidungsklage angebrachtermaßen abzuweisen, eben weil, wie in jenem Aufsatz gesagt ist, die Ehesachen rein polizeilicher Natur sind, und im Gegensatz mit dem förmlichen Civilrechtsgang lediglich aus dem Gesichtspunkt der Polizeigewalt behandelt werden müssen, somit kann auch der §. 359 in Ehescheidungssachen gar nie zur Anwendung kommen; denn findet ein Amt bei einer Ehescheidungsklage keinen deutlichen bestimmten und vollständigen thatsächlichen Klaggrund, so hat es die definitive Abweisung der Klage dem Hofgericht zu überlassen, wenn aus den in Landrechtssatz 237. angedeuteten schicklich scheinenden Bemerkungen hervorgeht, daß durchaus kein Klaggrund vorhanden ist, findet es aber durch Besprechung mit dem nach L.R.S. 236. die Klage persönlich übergebenden Kläger oder Klägerin: daß zwar ein gesetzlicher Klaggrund vorhanden ist, aber die den- resp. dieselben nachweisenden Facta unbestimmt, undeutlich ꝛc. angegeben sind, so hat das Amt — als Ehepolizeibehörde, diese Facta nach mündlichen Erläuterungen des klagenden Theils bestimmter und deutlicher zu Protocoll zu nehmen, und dieses Protocoll bildet dann einen Ergänzungstheil der Klage.

Zu weit ist in dem berührten Aufsatze gegangen, wenn die Bestimmung des L.R.S. 237. daß, „schicklich scheinende Bemerkungen" zu machen seien, auch auf das Recht ausgedehnt werden will, eine Klage angebrachtermaßen zu verwerfen. Diese schicklich scheinenden Bemerkungen können sich nur auf das Abmahnen von der Klage auf deutlichere Erklärung über die Klaggründe, über die Möglichkeit einer herbeizuführenden Versöhnung, über das Verhalten während des Prozesses beziehen.

Wenn auch im strengen Civilprozesse die Verfügung „die Klage wird angebrachtermaßen abgewiesen" nicht als Definitiv-Erkenntniß gelten mag; so hat eine solche Verfügung in Ehescheidungsprozessen eher einen definitiven Character, weil dadurch z. B. das in L.R.S. 268. der Ehefrau eingeräumte Recht — die Wohnung des Mannes zu verlassen — verloren gienge — denn eine Klage, welche auch nur angebrachtermaßen abgewiesen ist, ist als gar nicht existent zu betrachten, kann also die eben genannte Rechtswohlthat nicht begründen; währrud dem bei augenblicklicher Erläuterung und Ergänzung der Klage zu Protocoll — diese Rechtswohlthat sogleich für die Ehefrau entsteht; solche Rechtswohlthaten dürfen aber offenbar nicht durch den Verhandlungsrichter, sondern nur durch das Entscheidungsgericht entzogen werden.

Hiernach kann es nach meiner Ansicht keinem Zweifel unterliegen, daß ein Amt, weder die allegirte Verfügung zu erlassen, competent sein kann, noch irgend eine andere wodurch der Kläger auf einen Standpunkt zurückgeschoben wird, der die Folgen der Klaganstellung aufhebt.

In vorliegender Sache übergibt die klagende Ehefrau eine vollständige ergänzte Ehescheidungsklage, welche sich auf alle drei Ehescheidungsgründen des L.R.S. 234. stützt:

1) Lebensgefährlichkeit,
2) harte Mißhandlungen,
3) grobe Verunglimpfungen.

Da schon das Vorhandensein eines Ehescheidungsgrundes der Klage den gewünschten Erfolg sichert, so wird die Frage: „ob die vom Ehemann begangene Bestialität mit „einem Hunde verübt, als Ehescheidungsgrund gelten „müsse", deren er beschuldigt wird, und wofür Beweise angetreten sind, vielleicht im concreten Falle keinen practischen Werth haben; allein im allgemeinen dürfte es doch nicht ohne Interesse sein, die Frage zu erörtern.

Der Verfasser der Ehescheidungsklage suchte die Bejahung ohngefähr mit Folgendem zu begründen:

Durch fleischliche Vermischung des Mannes mit einem Hunde stellt dieser Mann, dem nur die Geschlechtsvertraulichkeit mit seinem Weibe gesetzlich erlaubt ist, dieses Weib auf gleiche Stufe mit dem Hunde, er gibt durch diese moralische Verworfenheit faktisch zu erkennen, daß er sein Weib nicht höher achte als einen Hund; daß er einen Hund für eben so tauglich zur Befriedigung des Geschlechtstriebes erachte als seine Frau; es ist also die vom Ehemann begangene Bestialität die gröbste Verunglimpfung einer Frau, die sich nur denken läßt; folglich muß die vom Mann verübte Bestialität als gesetzlicher Ehescheidungsgrund gelten, auch ehe gegen denselben wegen dieses Verbrechens Criminal-Untersuchung verhängt, und die in §. 56. des Strafedikts bestimmte 2jährige Kettenstrafe erkannt ist.

Man könnte vielleicht sagen:

Durch den Act der Bestialität verunglimpfte der dieses Verbrechen begehende nur sich selbst, allein fürs erste

ist dies nach obigem nicht wahr, sodann aber gestattet ja L.R.S. 232. auch die Ehescheidung, bei Verurtheilung eines Ehegatten zu einer entehrenden oder gesetzlich gleichen Strafe; und doch ist z. B. die Ehefrau eines wegen Todtschlag zu Zuchthausstrafe verurtheilten bei Vernünftigen wenigstens mehr der Gegenstand des Mitleids als der Verspottung, wogegen die Frau, welche mit einem der Bestialität überführten Mann noch vertraulichen Geschlechtsumgang haben wollte, selbst der öffentlichen Verachtung Preis gegeben wäre.

Ich zweifle daher keinen Augenblick daran, daß nicht von allen Hofgerichten die begangene Bestialität eines Ehegatten als Ehescheidungsgrund für den andern Theil — als grobe Verunglimpfung im Sinne des L.R.S. 231. angesehen wird.

Achert.

III.

Züchtlinge können wegen der in der Anstalt verübten Verbrechen oder Vergehen mit geschärfter Gefängnißstrafe belegt werden.

(Vergl. Annalen v. 1841 Nr. 40. S. 284.)

Von mehreren Züchtlingen in Mannheim, welche wegen gemeinschaftlicher Widersetzlichkeit der öffentlichen Gewalt, je nach dem Grad ihrer Betheiligung zu kürzerer oder längerer Gefängnißstrafe mit Dunkelarrest verurtheilt worden, recurrirte ein gewisser Jacob Schimmer von Untergimpern gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 4. Febr. l. J. und beschwerte sich unter Anderem über die Strafschärfung durch Dunkelarrest.

Das Großherzogliche Oberhofgericht erklärte jedoch diese Beschwerde für ungegründet, also raisonnirend: „Wenn es auch richtig ist, daß nach Art. 4. des Gesetzes vom 25. Nov. 1831 der Dunkelarrest nur eine die dort abgeschaffte körperliche Züchtigung vertretende Strafschärfung seie, und sohin nur in den Fällen erkannt werden soll, wo früher körperliche Züchtigung als selbstständige Strafe oder als Zusatz einer anderen bürgerlichen oder polizeilichen Strafe zulässig war; ein solcher Fall aber hier, wo es sich um das Vergehen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt handelt, nach Ansicht des Gesetzes vom 28. Dez. 1831 über die Widersetzlichkeit nicht als vorhanden angenommen werden kann, so ist dagegen dem Richter schon durch die Bestimmung des §. 98. des Strafedikts im Allgemeinen die Befugniß eingeräumt, die vom Gesetz für ein Verbrechen gedrohte Strafgattung wegen Umständen des einzelnen Falls, die ihre Anwendung unmöglich oder unschicklich machen, gegen eine andere Strafart zu vertauschen; nur soll dieß nicht ohne erhebliche Gründe und stets mit Rücksich auf das gesetzliche Verhältniß der verschiedenen Strafgattungen geschehen. Ein erheblicher Grund, von dieser gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen, darf aber im gegenwärtigen Fall mit dem Richter der früheren Instanz allerdings in dem Umstande gefunden werden, daß sich der Condemnat zur Erstehung einer mehrjährigen Zuchthausstrafe in der Strafanstalt befindet, eine gemeine Gefängniß- oder Arbeitshaus-Strafe sohin, weil ihr Vollzug nothwendig mit einer Unterbrechung jener schwereren Strafe des Zuchthauses verbunden wäre, und darum den bisherigen Zustand des Verurtheilten verbessern würde, ihren Eindruck auf den Schuldigen verfehlen und die Natur eines Strafübels für denselben verlieren müßte. Der Richter war darum berechtigt, statt der gesetzlichen Strafe des vorliegenden Verbrechens theilweise auf körperliche Züchtigung und nach deren Abschaffung also auch auf die ihre Stelle vertretende Schärfung und Abkürzung durch Dunkelarrest zu erkennen, wodurch dem Recurrenten um so weniger Unrecht geschah, als sein jetziges Vergehen, obgleich es sich zur gerichtlichen Untersuchung und Bestrafung eignet, doch auch zugleich als eine Uebertretung der Hausordnung der Züchtlinge sich darstellt, zu deren Befolgung derselbe vor dem Gesetze vom 25ten November 1831 nach §. 36. des Strafedikts durch Peitschenhiebe — eine Art von körperlicher Züchtigung — angehalten werden konnte.

Bayer.

Französische Jurisprudenz.

Bei *A. Bielefeld in Carlsruhe* sind französische juridische Werke, worunter sich **Duranton, Toullier** u. a. m. befinden, zu sehr billigen Preisen zu haben.

Verzeichnisse stehen auf Verlangen zu Diensten.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gh. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 13. August 1842.

I.

Ueber Bürgerannahme-Gesuche der Juden.

§. 1. Seitdem der §. 54 des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger, gegen das durch Karl Friedrich aufgestellte Princip der allmähligen Gleichstellung verstoßend, für die Badischen Israeliten neuerdings Ausnahme-Gesetze eingeführt hat, herrscht die größte Verwirrung über die bei Bürgerannahme-Gesuchen derselben anzuwendenden Grundsätze. Man bestreitet ihnen nicht allein das Recht des Ueberzugs, sondern auch der Niederlassung in dem Gebortsort. Man beruft sich auf §. 19 des 6ten Constitutions-Edikts, um darzuthun, daß die Erwerbung des Gemeindebürgerrechts für sie ausschließlich von der Gnade des Regenten abhänge, und scheint die später erlassenen Gesetzen entweder zu ignoriren oder im Sinne des 6ten Constitutions-Edikts auszulegen. Nach den Aeußerungen der Regierungs-Commissäre und auch den Debatten in beiden Kammern sollte durch den angeführten §. 54 der Rechtszustand der Badischen Israeliten nicht geändert, weder verbessert, noch viel weniger verschlimmert werden, wiewohl schon in der Bestimmung einer besondern Gesetzgebung ein bedeutender Rückschritt lag. Eine Aufhebung früher zugestandener Rechte darf um so weniger unterstellt werden, als Art. 16 der deutschen Bundesakte den Juden überhaupt die bereits eingeräumten Rechte garantirt. Hievon ausgehend finden wir das Prineip zur Beurtheilung der Bürgerannahme-Gesuche der Israeliten in der vom Regenten selbst ausgegangenen Verordnung vom 4. Mai 1812 Reg.Blatt Nr. 19.

Hier werden in Art. 1 und 2. Bestimmungen über die Annahme-Gesuche derjenigen Israeliten, welche damals (im Jahr 1812) schon über 21 Jahr alt waren, gegeben. Diese werden jetzt, nach 30 Jahren, kaum mehr Anwendung finden können. Maßgebend ist dagegen Artikel 3, wo es heißt:

> Die Bürgerannahme-Gesuche der übrigen Juden sind lediglich nach den in dem Bürgerrechts-Gesetze enthaltenen allgemeinen und den in dem 6ten Constitutions-Edikt §. 19 und in dem Edikt vom 13ten Januar 1809 §§. 18. 19. 20. vorgeschriebenen besondern Erfordernissen zu erledigen.

Es ist demnach das Bürgerrechts-Gesetz vom 1. Febr. 1809 (Reg.Blatt Nr. 9.) anwendbar, mit Vorbehalt derjenigen Ausnahmen, welche etwa in den beiden angeführten Edikten gemacht sind. Sobald man diese Ausnahmen kennt, kann man auch jedes Bürgerannahme-Gesuch richtig und gesetzmäßig verbescheiden.

§. 2. A. Das 6te Constitutions-Edikt bestimmt nun:

1) daß an den Orten, wo noch keine Juden wohnen, sie auch fernerhin ohne besondere Erlaubniß des Regenten und ohne Einwilligung der Ortsgemeinde nicht zur Wohnung zugelassen werden sollen. Nach der Verordnung vom 17. Januar 1822 (Reg.Blatt Nr. 3.) kann in diesem Fall die Annahme nur durch das Großherzogliche Ministerium des Innern ertheilt werden.

2) Die Juden sollten im Allgemeinen als Schutzbürger anerkannt werden. Jedoch behält sich der Regent vor, Jeden, der wegen der Bürgerrechts-Erfordernisse überhaupt und insbesondere wegen einer mit den Christen gleichförmigen Nahrungsart sich ausweist, mit dem Ortsbürgerrecht zu begnadigen. In dem Organisations-Edikt vom 26. November 1809 Beilage C. Nr. 19. und Beilage D. Nr. 10. wird den Aemtern das Recht gegeben,

Digitized by Google

die Bürger- und Hintersassenannahme der ältesten Söhne der Juden am Wohnort ihrer Eltern, der Kreisdirektorien aber, die Annahme der nachgebornen Söhne, wenn sie das nöthige Vermögen haben, und die Gemeinde einwilligt, auszusprechen. Auch diese Bestimmungen wurden aufgehoben durch Art. 5 der schon angeführten Verordnung vom 4. Mai 1812 und dagegen den Aemtern die Annahme aller eingebornen Juden aufgetragen, wie dies auch nach dem Gesetz vom 1. Febr. 1809 für Christen zu geschehen hat.

3) Ausländische Juden dagegen sollen nur von dem Ministerium des Innern angenommen werden können. Art. 4. ibid. In der Verordnung vom 8. Juli 1819 (Reg Blatt Nr. 21.) sind aber die Kreisdirektorien zur Annahme von Ausländern für kompetent erklärt, mit Ausnahme des Falls, wenn die politische oder jüdische Gemeinde Einsprache macht. Später durch Verordnung vom 17. Januar 1822 (Reg.Blatt Nr. 3.) wurde den Aemtern die Annahme auch der ausländischen Juden übertragen, wenn nicht von einer oder der andern Gemeinde Einsprache geschehen ist. Auch diese Ausnahme ist aufgehoben in der Verordnung vom 6. Juni 1839 (Reg.B. Nr. 17.). Die Aemter sind daher allgemein zur Annahme der Juden kompetent.

B. Das Edikt vom 13. Januar 1809 enthält einige besondere Erfordernisse für diejenigen Israeliten, welche damals (im Jahr 1809) schon über 21 Jahr alt waren. Diese können hier übergangen werden, weil sich schwerlich jetzt mehr Jemand zur Annahme melden wird, der jenes Alter damals schon überschritten hatte.

Für diejenigen, welche damals jenes Alter noch nicht erreicht hatten, wird in Art. 18 vorgeschrieben, daß sie sich zu einem auch für Christen bestehenden Nahrungszweig befähigt haben müssen, wobei in Art. 20 hinzugefügt wird, daß auf den Nothhandel Niemand mehr eine eigene Niederlassung, sey es auch nur als Schutzbürger, verlangen könne. Dies ist das einzige besondere Erforderniß, dessen Nachweisung in diesem Edikt verlangt wird.

§. 3. Wenn wir daher von den nur vorübergehenden Bestimmungen wegen der im Jahr 1809 und 1812 schon über 21 Jahre alten Israeliten absehen, so können wir als entschiedene Regel aufstellen, daß bei allen Bürger-Annahme-Gesuchen des Israeliten das Gesetz vom 1ten Februar 1809 zur Richtschnur zu nehmen ist, mit der Modifikation:

a) daß das Bürgerrecht an Orten, wo bisher noch keine Juden wohnten, von der Einwilligung der Gemeinde und der Erlaubniß des Ministerium des Innern abhängt,

b) daß auf den Nothhandel kein Israelit das Bürgerrecht antreten oder verlangen kann.

Ueber alle Annahme-Gesuche ohne Ausnahme, mögen sie von Ausländern oder von Inländern gestellt werden, mag die christliche oder jüdische Gemeinde Einsprache erheben, entscheiden die Aemter, vorbehaltlich des Rekurses. Die Antretung des angebornen Bürgerrechts geschieht dagegen durch Anzeige bei dem betreffenden Ortsvorstand. Art. 18. des Gesetzes vom 1. Febr. 1809.

Durch diese einfachen Sätze läßt sich die bisher bestandene Verwirrung glücklicher Weise lösen.

§. 4. Wie aber schon oben bemerkt ist, wird auf den Grund des §. 19 des 6ten Constitutions-Edikts behauptet, die Erlangung des Gemeindebürgerrechts sei in allen Fällen, sogar für die Kinder von Gemeindebürgern, Gnadensache, es stehe den Israeliten kein Recht darauf zu. In dieser Ausdehnung wird die Ansicht geltend gemacht, in einem Reskript der Regierung des Unterrheinkreises vom 15. Dezember 1835 und des Mittelrheinkreises vom 9. Juni 1840. Das Letztere wurde aber auf ergriffenen Rekurs von dem Großherzoglichen Ministerium des Innern durch Erlaß vom 29. Januar 1841 aufgehoben. Gegen das erstere wurde, meines Wissens, kein Rekurs eingelegt — dagegen kann ein älteres Reskript derselben Stelle vom 22. April 1817 angeführt werden, welches wörtlich sagt:

„In den Orten, wo bereits Israeliten ansäßig „waren, können diese sowohl wie auch fremde erst „zu recipirende Juden ohne Anstand als Gemeinde„bürger angenommen werden, sobald nur die allge„meinen so wie die für Reception der Israeliten „nach dem Edikt vom 13. Januar 1809 bestehenden „besondern Erfordernisse vorhanden sind. Ein An„deres ist aber, wenn ein Jude sich an einem Orte, „wo bisher noch keine Juden ansäßig waren, orts„bürgerlich oder hintersäßlich niederlassen will. Eine „solche Niederlassung ist gesetzlich nicht begünstigt, „und muß selbst dann, wenn auch die Gemeinde einwilligen sollte, noch Erlaubniß des Regenten hin-

Digitized by Google

„zutreten, daher derartige Gesuche in jedem Fall „zur höhern Entscheidung vorzulegen sind."

§. 5. Nach dem jetzigen Stand der Wissenschaft genügt es aber nicht an einem oder mehreren Präcedentien, die etwa für eine Ansicht beigebracht werden können — diese muß auch aus dem Gesetze selbst begründet werden. Hier dürfte es nun

1) nicht schwer halten, nachzuweisen, daß den Kindern der jüdischen Gemeindebürger das Gemeindebürgerrecht angeboren ist. Wenn nämlich auch in §. 19 des 6ten Constitutions-Edikts der Regent sich vorbehalten hat, das Gemeindebürgerrecht im Gnadenweg zu ertheilen, so wird doch in allen Fällen, wo der Regent diese Gnade hat eintreten lassen, die Wirkung derselben eben so weit gehen, als wenn dasselbe Recht kraft Gesetzes erworben worden wäre. Ist dieses schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu bezweifeln, so kann zum Ueberfluß noch Art. 22. des Gesetzes vom 1. Febr. 1809 dafür angeführt werden, wo es heißt:

> Der sein angebornes oder neu ertheiltes Bürgerrecht antretende Gemeindebürger tritt von dem Tag, wo seine Annahme oder seine Antretung dem Ortsvorgesetzten als berichtigt angezeigt wurde, in die Theilnahme an allen Rechten und Genüssen.

Auch sprechen die Gesetze selbst von dem angebornen Bürgerrecht der Israeliten z. B. in dem Art. 18 des Edikts vom 13. Januar 1809:

> „Niemand von jenen Israeliten, welche dermalen noch „nicht volle 21 Jahre alt sind, hat künftig Hoffnung „zum Antritt eines Gemeinde- oder Schutzbürger„rechts, er habe denn u. s. w."

Der Ausdruck „Antritt eines Bürgerrechts" kann nur da gebraucht werden, wo dieses Recht angeboren ist. Vgl. Art. 12. des Gesetzes, vom 1. Febr. 1809 — Art. 23 des Edicts vom 13. Januar 1809 spricht noch deutlicher:

> „Heirathen kann künftig Jeder, der zum Gemeinde„oder Schutzbürgerrecht aufgenommen ist, oder ein „ihm angebornes Bürgerrecht angetreten hat."

Eben so die vom Regenten erlassene Verordnung vom 4. Mai 1812 Art. 1:

> „Derjenige jüdische Glaubensgenosse, welcher das 21ste „Lebensjahr schon überschritten hat, bedarf zu dem „wirklichen Antritt seines angebornen Gemeinde„oder Schutzbürgerrechts u. s. w."

§. 6. Es entsteht aber noch

2) die weitere Frage, ob ein inländischer Jude, dem das Gemeindebürgerrecht nicht angeboren ist, ein Recht auf dessen Erlangung habe, vorausgesetzt, daß er den gesetzlichen Erfordernissen entspricht?

Man sollte die Beantwortung dieser Frage für unzweifelhaft halten, da, wenn das Gesetz überhaupt die Erlangung der bürgerlichen Annahme von bestimmten Erfordernissen abhängig gemacht hat, auch umgekehrt anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe da, wo diese Erfordernisse vorhanden sind, die Annahme nicht verweigern wollen. Dieser klare, einleuchtende Satz wird aber von mehreren Aemtern und sogar von manchen Kreisregierungen aus dem Grunde bestritten, weil in §. 19 des 6ten Constitutions-Edikts der Regent sich vorbehalten habe:

> „jeden Israeliten, welcher wegen der Bürgerrechts-Er„forderniße überhaupt und insbesondere wegen einer „mit den Christen gleichförmigen Nahrungsart sich „ausweist, gleich jetzt mit dem Ortsbürgerrecht zu „begnadigen."

Man legt großes Gewicht auf das Wort „begnadigen" und folgert daraus, daß die Ertheilung des Ortsbürgerrechts „Gnadensache" sei, und keinem Israeliten ein Recht auf dessen Erlangung zustehe. So sagt namentlich die Großherzogliche Regierung des Mittelrheinkreises in dem schon angeführten Erlaß vom 9. Juni 1840:

> „Nirgends ist den Juden ein Recht eingeräumt, die „bürgerliche Annahme für sich und ihre Familie gleich „den Christen in einer Gemeinde verlangen zu kön„nen, beziehungsweise auf Bewilligung desselben als „auf ein ihnen zukommendes Recht zu bestehen, auch „wenn sie die sämmtlichen gesetzlichen Bedingungen „erfüllen. Da nun kein Grund vorhanden ist, den „Petenten gegen den Willen der Gemeinde mit dem „Bürgerrecht zu begnadigen" u. s. w.

So sehr diese Anwendung der angeführten Stelle des 6ten Constitutions-Edikts den Schein einer streng wörtlichen Interpretation des Gesetzes annimmt, so ist dennoch nichts leichter als nachzuweisen, daß sie dem Wortlaut desselben in keiner Weise entspricht. Liest man den §. 19 mit Aufmerksamkeit, so wird Jedem klar werden, daß die Stelle, auf welche hier Bezug genommen wird, überhaupt keine Disposition, sondern nur einen Vorbehalt des Regenten enthält. Er behält Sich vor, das Gemeindebürgerrecht

an diejenigen Israeliten zu ertheilen, welche die gesetzlichen Erfordernisse nachzuweisen vermögen. Die Ausübung dieses Vorbehaltes wird als Ausfluß der höchsten Gnade bezeichnet, und kann darum nur der Krone selbst zustehen. Man ist daher schon in der Beziehung von dem Wortlaut des Gesetzes abgewichen, daß man ein Vorrecht des Regenten als untergeordneten Staatsstellen zustehend betrachtet, und in Ausübung gebracht hat. Man hat ferner übersehen, daß der Regent diesen Vorbehalt nur für die Zeit, da jenes Gesetz erlassen wurde (1808), nicht aber für die Zukunft, gemacht hat, wie die Worte „gleich jetzt mit dem Ortsbürgerrecht zu begnadigen" darthun. Man nenne diese scharfe Zerlegung jener Stelle nicht „Wortspielerei." Da die gegenseitige Ansicht auf dem einzigen Wort „begnadigen" beruht, so ist es nothwendig, dieser Ansicht auf das Feld, das sie gewählt hat, zu folgen. Ich sage, der Regent hat sich vorbehalten, in dem damaligen Augenblick das Gemeindebürgerrecht als Gnade zu ertheilen, war aber gewiß nicht Willens, diesen Modus auch für die Zukunft beizubehalten. Allerdings war in jener Zeit, wo die Juden gar keine Rechte besaßen, die Ertheilung des Gemeindebürgerrechts eine Gnadensache — aber anders wurde das Verhältniß, als den Juden das Staatsbürgerrecht ertheilt war. Liegt in diesem Recht eine Ansprache auf das Gemeindebürgerrecht, so hörte dessen Ertheilung für die Zukunft auf, reine Gnadensache zu sein.

Endlich hat man noch ein Wörtchen, das von der größten Bedeutung ist, zu beachten:

Der Regent will diese Gnade Jedem angedeihen lassen, der die Erfordernisse nachzuweisen vermag. Nicht nach Willkühr, Gunst oder Laune soll die Ertheilung erfolgen, sondern nach gesetzlichen Vorschriften.

§. 7. Der oben allegirte Erlaß der Großherzoglichen Regierung des Mittelrheinkreises verstößt daher, meiner Ansicht nach, in dreierlei Weise gegen das Gesetz: Einmal indem ein Recht, das der Regent Sich vorbehalten hat, von einer Staatsbehörde in Ausübung gebracht wird; ferner dadurch, daß einem nur transitorischen Gesetz dauernde Wirkung beigelegt wird; endlich indem Willkühr da unterstellt wird, wo das Gesetz die Ertheilung der Gnade nur von der Nachweisung bestimmter Erfordernisse abhängig gemacht hat. In ersterer Beziehung läßt sich vielleicht die Ansicht der Großherzoglichen Regierung des Mittelrheinkreises dadurch rechtfertigen, daß man in der durch das Organisations-Edikt vom 26. Nov. 1809, durch die Verordnung vom 4. Mai 1812 und durch die nachfolgenden Verordnungen geschehenen Bestimmung, daß den Kreis-Regierungen und den Aemtern die bürgerliche Annahme der Juden zustehen solle, eine Art von Delegirung des dem Regenten selbst vorbehaltenen Rechtes annimmt. Aber in diesem Falle müßte um so mehr darauf bestanden werden, daß die delegirten Staatsstellen nicht nach Gunst oder Willkühr die Aufnahme bewilligen oder versagen, sondern daß sie nach dem Wortlaut des Gesetzes die Annahme Jedem bewilligen, der den Erfordernissen des §. 19 Genüge zu leisten vermag. Hiergegen wird vielleicht eingewendet, daß eine Gnade, die nicht versagt werden kann, ihren eigentlichen Charakter verlieren und in eine Verbindlichkeit übergehe. Das kann auch nicht in Abrede gezogen werden; es liegt ein Widerstreit in dem Gesetze selbst, wenn man das Wort „begnadigen" in seiner eigentlichen Bedeutung nimmt. Es ist aber bekannt, daß, wenn in irgend einem officiellen Act von dem Regenten die Rede ist, dergleichen Ausdrücke aus Courtoisie gebraucht werden, wenn auch nicht gerade von einem Gnaden-Akt die Rede ist. Aus dem gleichen Grunde kann in der obigen Stelle das Wort „begnadigen" in dem nämlichen Sinn wie „gnädigst ertheilen" genommen werden, und dann ist der Widerstreit gelöst. Uebrigens hat die ganze Stelle, wie oben ausgeführt wurde, nur eine transitorische Bedeutung, und ich habe nur deßwegen länger bei deren Auslegung verweilt, weil mehrere Kreisregierungen sie heute noch anwenden. Es war nothwendig darzuthun, daß diese Stelle, wenn man sie heute noch zur Anwendung bringen darf, einen ganz andern Sinn hat, als man ihr gewöhnlich unterstellt. Ich gehe nunmehr zu der spätern Gesetzgebung über.

§ 8. Schon sechs Monate nach Emanirung des 6ten Constitutions-Edikts erfolgten speciellen Bestimmungen über diesen Gegenstand in der bekannten Verordnung vom 13. Januar 1809 (Reg.Blatt Nr. 6.). Hieher gehören die Art. 18 und 22., welche wörtlich Folgendes enthalten:

1) „Niemand von jenen Israeliten, welche dermalen „noch nicht volle 21 Jahre alt sind, hat künftig Hoff„nung zum Antritt eines Gemeinde- oder Schutz„bürgerrechts, mithin zu einer eigenen Niederlassung „im Lande gelassen zu werden, er habe denn zu einem

„auch für Christen bestehenden Nahrungszweig sich „befähigt."

2) „Wer noch nicht im Schutz ist, aber doch jenes Alter „überschritten hat, in welchem er laut Art. 18. noch „zur Nachholung der Erlernung irgends eines ordent„lichen Gewerbes schuldig ist, hat gleich den christ„lichen Eingebornen, an seinem Geburtsort das „Recht, das Schutz- oder nach Befinden der Befähi„gung das Gemeindebürgerrecht nachzusuchen."

Diese letztere Stelle ist besonders bedeutend, weil sie von dem Rechte, das Gemeinde-Bürgerrecht nachzusuchen, spricht. Wenn man diese Worte nicht auf die Spitze stellen d. h. sie nicht so verstehen will, als solle hier nur gesagt sein, jene Israeliten haben wohl das Recht, um das Bürgerrecht nachzusuchen, es hänge aber immerhin von der Behörde ab, es zu bewilligen — eine Auslegung, die dem Gesetz jede Bedeutung nimmt, und daher nach bekannten Regeln nicht zulässig ist — wenn man also diese Stelle so auffaßt, wie sie der Gesetzgeber offenbar gemeint hat, so würde wenigstens so viel feststehen, daß die Israeliten, welche im Jahr 1809 über 21 Jahr alt waren, ein Recht auf Erlangung des Gemeindebürgerrechts haben, insofern sie den gesetzlichen Erfordernissen zu genügen im Stande sind. Was die übrigen Israeliten betrifft, so drückt sich das Gesetz in Bezug auf sie nur negativ aus. Es bestimmt den Fall, wann sie nicht zum Bürgerrecht zugelassen werden sollen. Man könnte hieraus schließen, daß sie in allen andern Fällen zum Bürgerrecht zuzulassen seien. Die Geltung dieses Schlusses wird jedoch häufig bestritten, und es fragt sich, ob derselbe durch andere gesetzliche Bestimmungen unterstützt werden kann?

§. 9. Den Israeliten ist, wie schon oben erwähnt, das Staatsbürgerrecht ertheilt worden, somit sind sie in den Genuß der sämmtlichen staatsbürgerlichen Rechte getreten. Zu diesen gehört das Recht, Gewerbe aller Art zu treiben und durch Heirath eine Familie im Lande zu begründen. Vergl. Art. 7. lit. b u. f. des 6ten Constitutions-Edikts. Weder das Eine noch das Andere kann aber geschehen ohne vorgängige Bürgerannahme. Sollen daher jene im Staatsbürgerrecht begriffenen Rechte nicht rein illusorisch sein, so muß nothwendig der Staatsbürger ein Recht auf bürgerliche Annahme für den Fall, daß er allen gesetzlichen Erfordernissen genügt, haben. Ich wüßte zwar nicht, daß dieses in den ältern Gesetzen irgendwo ausdrücklich ausgesprochen wäre, wie solches in §. 17 des neuen Gemeindegesetzes geschah; aber auch dem Bürgerrechtgesetz vom 1. Februar 1809 (Reg.Blatt Nr. 9.) liegt dieser Gedanke zu Grunde, indem es sonst nicht nöthig gewesen wäre, die Bedingungen, an denen die Erlangung des nicht angebornen Bürgerrechts geknüpft werden wollte, so genau zu bestimmen, wie es dort geschehen ist. Auch konnten damals schon Rekurse wegen verweigerter Annahme statt finden, was ebenfalls nicht möglich gewesen wäre, wenn man nicht damals schon ein Recht auf Annahme anerkannt hätte. Dieses Recht fließt aus der Eigenschaft eines Staatsbürgers und steht daher dem Juden wie dem Christen zu. S. Verfassungs-Urkunde §. 7.

§. 10. Von diesem Standpunkt geht auch die Verordnung vom 4. Mai 1812 (Reg.Blatt Nr. 19.) aus, welche bestimmt:

1) „Juden über 21 Jahre können in der Regel Schutz„bürger, und nur dann Gemeindebürger wer„den, wenn sie keinen Nothhandel treiben, und sich „in dem Besitz des gesetzlichen Vermögens befinden, „u. s. w."

2) „Die Bürgerannahme-Gesuche der übrigen Juden „sind lediglich nach den in dem Bürgerrechts-Gesetz „enthaltenen allgemeinen und den in §. 19 des 6ten „Constitutions-Edikts und in §. 18. 19. 20. des Ge„setzes vom 13. Januar 1809 vorgeschriebenen be„sondern Erfordernissen zu erledigen."

Es ist in Bezug auf die frühere Ausführung bemerkenswerth, daß nach diesem Gesetz die Erledigung der Annahme-Gesuche von dem Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse, nicht aber von der Gnade abhängen soll.

Man kann nicht etwa einwenden, daß hier auf §. 19 des 6ten Constitutios-Edikt Bezug genommen ist, dieses Gesetz daher nicht durch die Verordnung vom 4. Mai 1812 aufgehoben, sondern vielmehr bestätigt werden wollte. Die Bezugnahme auf §. 19 geschieht nur in soweit, als etwa dort besondere Erfordernisse der Annahme festgesetzt wurden, wie z. B. die Religions-Eigenschaft des Orts, wo man das Bürgerrecht nachsucht, ferner eine auch für Christen bestehende Nahrungsart. Hält man nun die Bestimmungen des Gesetzes vom 13. Januar

1809 und der Verordnung vom 4. Mai 1812 zusammen, so ergänzen sich beide dahin, daß

a) nach Art. 22 des Gesetzes vom 13. Januar 1809 Juden über 21 Jahr ein Recht auf Erlangung des Gemeindebürgerrechts haben, wenn sie den gesetzlichen Bedingungen zu entsprechen vermögen,

b) nach Art. 3 der Verordnung vom 4. Mai 1812 die Annahme-Gesuche der Juden, die damals noch nicht 21 Jahr alt waren, je nach dem Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse zu verbescheiden sind.

Mit andern Worten: die inländischen Juden haben bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse ein Recht auf Annahme als Gemeindebürger sowohl in ihrem Geburtsort wie auch anderwärts, vorbehaltlich der Orte, wo bisher noch keine Juden wohnten.

§. 11. Nach diesem Grundsatz hat auch das Großherzogliche Ministerium des Innern mittelst Erlaß vom 29. Januar 1841 über den gegen das oben §. 6 angeführte Rescript vom 9. Juni 1840 ergriffenen Rekurs entschieden, indem es heißt:

„Zufolge §. 54 des Bürgerannahme-Gesetzes ist „das landesherrliche Edikt vom 13. Januar 1809 „noch in Kraft, und ist solches auch bisher in einzelnen Fällen immer angewendet worden. In „Anbetracht, daß Petent die im Art. 18 dieses Edikts „vorgeschriebene Bedingung, unter welcher ein Israelit das Bürgerrecht erlangen kann, erfüllt, nämlich „ein Handwerk erlernt hat.

„In Erwägung, daß er das zur bürgerlichen Annahme erforderliche Vermögen so wie alle sonstigen „von dem Gesetz vorgeschriebenen Eigenschaften besitzt, aus diesen Gründen wird der Rekurs für „begründet erachtet u. s. w."

Von der gleichen Ansicht scheint auch die Verordnung vom 6. Juni 1839 auszugehen, welche festsetzt:

„daß das in der höchsten Verordnung vom 17. Juli „1833 bestimmte Instanzen-Verhältniß auch bei Annahme-Gesuchen der Israeliten Statt finden solle."

Da aber, wie schon oben berührt wurde, die Ansichten sehr getheilt sind, und sogar von Kreisregierungen einander widersprechende Entscheidungen ausgehen, so wäre es wünschenswerth, wenn das Großherzogliche Ministerium zur Erzielung einer gleichförmigen Praxis und zur Abschneidung vieler Rekurse eine Belehrung erlassen, oder eine authentische Interpretation veranlassen wollte.

Dr. Ladenburg.

II.

Prozeßlegitimation in Gemeinde-Prozessen.

Der §. 126 der Gemeindeordnung verfügt, daß, wenn die Führung eines Rechtsstreites durch die Gemeinde beschlossen worden sei, der Gemeinderath aus seiner Mitte, neben dem Bürgermeister zwei Beigeordnete zu ernennen habe, welche das Geeignete besorgen.

Die Vollzugsverordnung vom 14. Juli 1834 (Regierungsblatt Nr. 34.) bestimmt:

Wird vom Gemeinderath und Ausschuß oder von der Gemeinde die Uebernahme des Rechtsstreits beschlossen, so wird derselbe vom Gemeinderath geführt und zwar durch den Bürgermeister und zwei weitere Mitglieder, die der Gemeinderath aus seiner Mitte ernennt.

Nun hat in einem Prozesse sich folgender Fall ereignet: Eine Gemeinde beschloß gegen einen Gemeindebürger, der zugleich Mitglied des Gemeinderaths ist, einen Prozeß anzufangen, der auch anhängig wurde.

Der Gemeinderath des Orts besteht aus dem Bürgermeister und drei Gemeinderäthen, wovon Einer der Beklagte war, folglich unmöglich gegen sich selbst den Prozeß führen konnte, der zweite Gemeinderath hatte in der Gemeindeversammlung gegen die Einleitung des Rechtstreits gestimmt und weigert sich deshalb, gegen seine in der Gemeindeversammlung abgegebene Erklärung und gegen seine Ueberzeugung in dem Prozesse als Bevollmächtigter aufzutreten.

Nun sind noch der Bürgermeister und der dritte Gemeinderath übrig. Diese bestellten einen Anwalt, der unter Vorlage des Gemeindebeschlusses, der von den beiden letztgenannten unterzeichneten Vollmacht und unter Darlegung der Verhältnisse, warum die Unterschrift eines weitern Vertreters der Gemeinde auf der Vollmacht nicht beigebracht werden könne, sich hinlänglich zum Prozesse

legitimirt zu haben erachtete. In zwei Instanzen wurde auch der Legitimationspunkt für berichtigt erachtet, in dritter Instanz ergieng eine Verfügung, welche den Anwalt der Gemeinde anweißt, eine Vollmacht, wie sie der §. 120 der G.O. und §. 3 der Verordnung von 1834 vorschreiben, beizubringen. Man hat nun auch in dritter Instanz oben bemerkte Verhältnisse vorgetragen, aus welchen es nicht möglich ist, jenen gesetzlichen Bestimmungen zu genügen; eine Entscheidung ist noch nicht ergangen, nichts desto weniger ist die Frage interessant genug, um jetzt schon besprochen zu werden.

Das Gesetz schreibt einmal vor, daß Bürgermeister und zwei Gemeinderäthe nöthig seien, damit die Gemeinde im Prozesse gehörig vertreten erscheine. Hält man sich an den Wortlaut des Gesetzes mit Umgehung des Satzes impossibilium nulla datur obligatio, so erschiene die Gemeinde nicht legitimirt. Allein es kann denn doch an dem Willen eines, weil er zufällig Gemeinderath ist, nicht scheitern, was die Gemeinde beschlossen hat.

Der Gemeinderath hat aber bei der Wahl der zur Prozeßführung Bevollmächtigten einen Gemeinderathsbeschluß zu fassen, wie ihn G.O. §. 43 vorschreibt.

Wenn nun in concreto der Bürgermeister und der nicht betheiligte Gemeinderath beschlossen, daß sie beide und der andere Gemeinderath mit Ausschluß des Beklagten den Prozeß führen sollten, so war auch, wenn Beklagter und der andere Gemeinderath ein negatives Votum abgeben, bei der Stimmengleichheit und der entscheidenden Stimme des Bürgermeisters G.O. §. 41 Abs. 1 (immerhin ein gültiger Gemeinderaths-Beschluß vorhanden). Wenn nun jener dennoch seinen Beitritt zur Prozeßführung verweigert, was ist dann zu thun?

Auf dreierlei Weise scheint sich die Sache ordnen zu lassen:

a) Es genügt nach meiner Ansicht, wenn auch nur die zwei willigen Mitglieder des Gemeinderaths im Prozesse handelnd auftreten. Denn da einmal die Gemeinde die Führung des Rechtsstreits beschlossen, da ein Gemeinderaths-Beschluß die Personen bezeichnet hat, welche die Prozeßleitung zu besorgen haben, so ist den Formen des Gesetzes genügt, und es kommt weiter nicht darauf an, ob der dritte Beigeordnete in Person erscheint, ob er die Vollmacht des zu bestellenden Anwalts ebenfalls unterschreibt, er wird rechtlich als mithandelnd, auch wenn er nicht dabei thätig ist, unterstellt.

b) Würde aber dieses nicht genügen, müßte dem Buchstaben des Gesetzes „der Bürgermeister und zwei Gemeinderäthe" genügt werden, so bliebe nichts anders übrig, als auf den Grund des §. 24 der G.O. eine Dienstentlassung der widerstrebenden Gemeinderäthe zu beantragen, weil ihre Verhältnisse die Dienstführung in diesem Falle nicht nur sehr erschweren, sondern, wenn dem Buchstaben des Gesetzes genügt werden muß, vereiteln würden. Immerhin wäre dieses aber eine gefährliche Maaßregel. Es könnten dadurch leicht die bravsten und fähigsten Mitglieder des Gemeinderath dem Gemeindedienst entzogen werden, während die ganze Gemeinde sie beizubehalten wünschte, obwohl sie in dem einzelnen Falle mit dem Willen der Majorität nicht übereinstimmten; und vielleicht die Gründe der Minorität an Gewicht die der Majorität übertreffen. Einen Gemeinderath ad hoc zu bestellen aber ist gesetzlich nicht statthaft.

c) Ein dritter Weg wäre der, die Gemeinde von neuem zu versammeln und die Gemeinde einen oder mehrere Bevollmächtigte, aus der Zahl der Bürger wählen zu lassen. Das Gesetz sagt zwar hiervon nichts, es legt die Prozeßführung in bestimmte Hände, nämlich wie gesagt, des Bürgermeisters und zweier Gemeinderäthe, allein wer zu dem majus, einen Prozeß zu beginnen berechtigt ist, dem muß auch das minus ihn durch gewisse Personen führen zu lassen, zugestanden werden.

Immerhin zeigt dieses, daß hier in der Gesetzgebung eine Lücke ist. X.

Anmerkung der Redaction.

In dem Falle, wie er oben beschrieben ist, ist der zweite noch unbetheiligte Gemeinderath schuldig, die Vollmacht des Anwalts mit zu unterschreiben. Der Umstand, daß er gegen die Prozeßführung stimmte, kann ihn nicht berechtigen, von dem Vollzuge des darüber von der Majorität des Gemeinderaths, oder hier der Gemeindeversammlung, gefaßten Beschlusses sich loszumachen. Weigert er sich dessenohnerachtet, der ihm obliegenden Amtspflicht nachzukommen, so kann er dazu, wie jeder andere öffentliche Diener, durch Disziplinarstrafen angehalten werden, und es kann überdies erforderlichen Falles nach §. 23 der G.O. gegen ihn verfahren werden.

Digitized by Google

Sind aber einzelne Mitglieder wegen Betheiligung wirklich gehindert, an der Schlußfassung über die Prozeßführung oder an dem Vollzuge derselben Theil zu nehmen, so ist durch die §§. 9 und 10 der Verordnung vom 14. Juli 1834 für diesen Fall vorgesorgt. Insbesondere hat da, wo der Gemeinderath über die Prozeßführung zu beschließen hätte, dies aber wegen Betheiligung seiner Mitglieder nicht thun kann, und wo er deshalb auch keine Vertreter wählen kann, die Gemeinde selbst nach §. 10 unbeschränkt Diejenigen zu ernennen, welche den Rechtsstreit für sie zu führen haben. D. Red.

III.

Die Auslieferung fremder Personen, wegen im Ausland begangener Verbrechen und das hiebei einzuhaltende Verfahren betreffend.

Der ordentliche Gerichtsstand des Inländers, welcher sich im Ausland eines Verbrechens schuldig gemacht hat, ist der Bezirk seiner Heimath, forum domicilii. Da nun (nach dem §. 15 der Verfassungs-Urkunde) Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden darf, so folgt daraus nothwendig, daß kein Inländer wegen auswärts begangener Verbrechen ausgeliefert wird. Dieser Grundsatz ist in Deutschland so festgewurzelt, daß selbst Inländer, welche der Anstiftung eines gegen den Souverän oder gegen die Existenz, Integrität, Verfassung oder Sicherheit eines andern Bundesstaates gerichteten Unternehmens, oder einer darauf abzielenden Verbindung, der Theilnahme daran oder der Begünstigung derselben beinzichtigt sind, dem verletzten oder bedrohten Staat nicht ausgeliefert werden. Bundesbeschluß vom 18. August 1836, Regierungsblatt Nr. 46.

Es kann also immer nur die Auslieferung solcher Fremden in Frage kommen, welche im Auslande delinquirt und sich in das Großherzogthum begeben haben. In diesem Falle ist zu unterscheiden: ob die Auslieferung

1) von dem Heimaths-Staate des Verbrechers und zwar
   a. auf den Grund eines Staatsvertrags oder nur
   b. gegen die Zusicherung des Reciprocums;
   oder aber
2) von einem dritten Staate, er mag zum deutschen Bund gehören oder nicht,

verlangt wird?

Hierüber sind folgende Normen maßgebend. Im Allgemeinen soll die Auslieferung niemals von den Aemtern verfügt, sondern deshalb unter Vorlage der Acten bei dem betreffenden Hofgerichte angefragt werden, welches in den Fällen Nr. 1. b. und Nr. 2. unverweilt unter gleichmäßiger Vorlage der Acten gutachtlichen Bericht an das Justizministerium zu erstatten und von dieser hohen Stelle die Entschließung auf das Auslieferungsbegehren zu gewärtigen hat. Reg.Bl. v. 1812 Nr. XI. S. 65.

Im Falle Nr. 1. a. hingegen verfügt, wenn sonst kein Anstand obwaltet, das Hofgericht selbst auf jenes Begehren. Rescript des Justizministeriums v. 13. Nov. 1827 Nr. 5299 und v. 22. Januar 1830 Nr. 318.

Immerhin haben daher die Aemter die Autorisation zu Auslieferungen von den Hofgerichten zu empfangen. Mittermaier, deutsches Strafverfahren, Bd. I. §. 5.

Staatsverträge wegen Auslieferung bestehen:

1) mit der Schweiz, den Canton Genf ausgenommen. Reg.Bl. von 1810 Nr. II., von 1811 Nr. V., v. 1821 Nr. V. und XX.
2) mit Würtemberg. Reg.Bl. v. 1825 Nr. XXXII. S. 237. Art. 32.
3) mit Sigmaringen. Reg.Bl. v. 1827 Nr. XXI. S. 196 Art. 32. Vergl. wegen Verfolgung der Wilderer Reg.Bl. v. 1835 Nr. XXXI. Dahin ist auch zu rechnen
4) die Cartel-Convention der souverainen Fürsten und freier Städte Deutschlands wegen Auslieferung der Deserteure. Reg.Bl. v. 1831 Nr. VI. und
5) der oben angeführte Bundesbeschluß v. 18. Aug. 1836. Uebrigens findet selbst hiernach die Auslieferung eines politischen Verbrechers alsdann nicht Statt, wenn derselbe schon wegen anderer ihm zur Last fallenden Verbrechen im Inlande zu untersuchen und zu bestrafen ist.

Jedenfalls müssen aber die vom Ausland verfolgten Verbrecher, vorausgesetzt, daß die requirirte Behörde von der Rechtmäßigkeit der angesonnenen Captur durch das Ersuchschreiben selbst überzeugt wird,

Grolmann §. 489.
Tittmann Bd. III. §. 718.
Mittermaier a. a. O. §. 71.

diesseits zur Haft gebracht und so lange festgehalten werden, bis über das Auslieferungsbegehren entschieden ist.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. • Nro. 34. Karlsruhe den 20. August 1842.

I.

Verantwortlichkeit öffentlicher Beamten aus Landrechtssatz 1383.

In Sachen des Jakob H. gegen Bürgermeister R., Entschädigungsforderung betreffend, wurde eine Klage des Inhalts erhoben:

Der Kläger habe gegen einen gewissen H. ein rechtskräftiges Urtheil für eine Forderung von circa 90 fl. erwirkt. Unterm 4. November 1839 habe der Richter einen Pfändungsbefehl erlassen; auch sei die Vollstreckung laut Amtsbeschluß vom 21. Januar 1840 durch den Exequenten dadurch vollzogen worden, daß derselbe dem Schuldner mehrere Fahrnißstücke abgenommen und dem Bürgermeisteramte überliefert habe.

Bürgermeister R. habe die Versteigerung der gepfändeten Objecte innerhalb der hierzu durch das Gesetz festgesetzen Frist nicht vollzogen und auch die Beförderungsgesuche des Klägers und die Mahnungen des Amtes nicht beachtet.

Unterm 9. Juni sei dem Kläger eröffnet worden, daß gegen seinen Schuldner H. die Gant erkannt worden sei, was zur Folge gehabt habe, daß die für den Kläger gepfändeten Fahrnisse in die Gantmasse fielen. Der Kläger habe in der Gant liquidirt, sei aber wegen Unzulänglichkeit der Masse durchgefallen.

Der Kläger verlangte nun, daß Bürgermeister R. ihn für seinen Verlust entschädige.

Unterrichterliches Urtheil.

In Erwägung, daß Kläger seinen Entschädigungsanspruch auf ein Versehen des Beklagten durch Unterlassung gründet;

in Erwägung, daß diese Unterlassung in einer versäumten Amtshandlung — einem Dienstversehen des Beklagten als Vollstreckungsbeamten — besteht.

In Erwägung, daß aus solchem Versehen ein privatrechtlicher Anspruch

a) aus allgemeinen Gründen nicht entspringt, weil hier die Abhülfe der Beschwerde, die Rüge aber der Bestrafung im Dienstwege (Disciplinarstrafe) vorbehalten ist, und der Beamte, welcher seine Pflichten und seine Befugnisse von der höhern Gewalt ableitet, auch nur dieser gegenüber wie für den Mißbrauch, so für die Unterlassung verantwortlich sein kann; weil ferner

b) aus Vorschriften des Landrechts, welche gewissen Beamten in andern Beziehungen die Pflicht zum Schadensersatze namentlich auflegen, vermöge der bekannten Schlußform (argumentum e contrario) zu folgern ist, daß dies nicht die Regel sei. Landrechtssätze 52, 2199, 2203.

In Erwägung, daß die Klage nicht anführt, der Beklagte habe sich eine Gefährde zu Schulden kommen lassen, welche den Anspruch auf Schadensersatz überhaupt, ferner aber auch nicht, er habe Schaden und wieviel Schaden voraussehen können, welches einen entsprechenden Ersatz begründen würde. Landrechtssatz 1150 ff.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung wegen der Kosten ergeht der

Bescheid,

daß die Klage abzuweisen und Kläger in die Kosten zu verfällen sei.

Der Oberrichter, das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises bestätigte zwar den unterrichterlichen Bescheid, jedoch aus andern Gründen,

nämlich nur aus dem Grunde, weil die Klage nicht bewiesen sey. Was dagegen die Begründung der Klage betrifft, so enthalten darüber die Entscheidungsgründe Folgendes:

„Die Klage erscheint thatsächlich und nach Ansicht der Landrechtssätze 1383, 1383 a, 1150, 1151 und 1153 bezüglich des Zinsenanspruches, sodann der §§. 958, 997, 1000 u. f. der Prozeßordnung, auch rechtlich begründet; denn die letzteren Gesetzesbestimmungen besagen genau, wie und wann der Ortsvorsteher — in welcher Eigenschaft auch Beklagter hier zu handeln hatte — den durch die vom Exequenten vorgenommene Pfändung schon begonnenen Vollzug der erlaubten Hülfsvollstreckung weiter fortzuführen habe und in welchen einzelnen Fällen er damit zögern oder einhalten darf, und wenn nun Beklagter nicht nur diesen Vorschriften nicht genau nachkam, sondern auch, wie Kläger behauptet, selbst auf mehrmalige amtliche Mahnung seine Obliegenheiten nicht erfüllte, so liegt hierin allerdings zum wenigsten eine nicht zu entschuldigende Saumseligkeit, für die er nach Landrechtssatz 1383 einzustehen hat, und zwar in der Weise, wie Klägee dies verlangt, weil die in der Klage namhaft gemachten Forderungsbeträge nach der Darstellung des Klägers wirklich nur durch das Verschulden des Beklagten in Verlust geriethen, indem sie aus den dafür verhafteten Pfändungsgegenständen im Werthe von 90 fl. ohne die verzögerte Versteigerung lange vor Ausbruch der Gant wohl vollständig getilgt worden wären, somit zwischen dem angerichteten Schaden und der Handlungsweise des Beklagten ein ursächlicher Zusammenhang besteht, wobei der Schaden eben so gut — im Hinblick auf die Bestimmung des §. 837 der Prozeßordnung — als eine unmittelbare und natürliche Folge der Zögerung und des Gantausbruchs, als ferner auch als vorhersehbar erachtet werden kann, da die Gantmäßigkeit eines Schuldners in der Regel nicht das Ergebniß eines Zufalls, sondern mancherlei nach und nach sich einstellender Umstände ist, hier insbesondere aber das Unvermögen des Schuldners, den an sich so geringen Schuldbetrag ohne Zwangsmittel zu beseitigen, deutlich darauf hinwieß, und dies um so weniger dem Beklagten entgehen konnte, als er als Ortsvorstand und gewöhnlicher Vollstreckungsbeamter die Vermögensumstände des Schuldners genau kennen mußte."

E.

II.

Testimonium morientis.

In der Nacht vom 29. Dez. 1835 hatte der ledige Valentin Dörr von Werbechhausen eine Stichwunde in den Unterleib erhalten, an deren Folgen er den andern Morgen um 7 Uhr starb. Nach den eidlichen Angaben von 17 Zeugen hat der Verwundete, welcher vom Gericht nicht mehr vernommen werden konnte, auf dem Todtbette einen gewissen Caspar Brenner, der von mehreren Personen im Gewühle auf dem Tharplatz gesehen worden war, als Thäter bezeichnet. Wie nun dieser Tödtungsfall am 6. Okt. 1836 bei dem Hofgerichte zur Aburtheilung kam, stellten einige Votanten die Ansicht auf, daß dieses Zeugniß des Getödteten, wenn es als eine redliche Anzeige (nahe Inzicht) im Sinne des Art. 25 der Prozeßordnung gelten soll, nach den Regeln des Strafprozesses, neben anderen Erfordernissen, vor dem competenten Untersuchungsrichter abgelegt sein müsse.

In der Recursausführung gegen das hofgerichtliche Klagfrei-Erkenntniß bemerkte der Staatsanwalt, die Worte des alleg. Gesetzes forderten nur, daß der Verletzte sein Zeugniß entweder mit dem Tode besiegelt, oder, daß er solches bei seinem Eide bethewert; es müsse also in dem vorliegenden Falle an dem außergerichtlichen, durch den Tod bekräftigten Zeugniß des Vulnerates genügen. Der Vertheidiger dagegen sprach dieser Aussage allen formellen Werth ab, weil sie nicht vor dem Richter geschehen sei; denn im Gesetz heißt es „zeihen", welches soviel als „beschuldigen" bedeute. Eine statthafte Beschuldigung könne aber nur vor dem Richter geschehen. Das Gesetz setze das Sterben auf die Beschuldigung in gleichen Werth mit dem Eid; der Eid könne aber doch nur vor dem competenten Richter geleistet werden, also habe auch eine Anschuldigung, auf welche der Verwundete gestorben, nur dann den Werth einer Inzicht, wenn sie vor dem Richter erfolgt sei. — Dieser Ansicht huldigte auch der oberste Gerichtshof bei seiner Deliberation vom 29. Mai 1837.

Nach dem neuesten Heft der Jahrbücher, N. F. 7. Jahrg. S. 31 und 32, erkennt aber jetzt dieser Gerichtshof der Aussage des Verletzten, wenn er darauf gestorben ist, die nämliche Beweiskraft zu, wie wenn der Verletzte dieselbe eidlich bestätigt hätte, ohne zu fordern, daß sie vor Gericht gemacht worden sei. *) So will es auch der Entwurf einer Strafprozeßordnung für das Großherzogthum Baden von 1835. §. 466. No. 2.

Bayer.

III.

Die Führung von Untersuchungen, insbesondere die Abnahme von Eiden und Handgelübden durch Rechtspraktikanten betreffend.

Durch eine Entschließung des Großherzoglichen Justizministeriums vom 1. Sept. 1837, No. 3357, wurden die Hofgerichte ermächtigt, Rechtspraktikanten, welche als besoldete Praktikanten bei den Aemtern beschäftigt sind, sofern sie die zweijährige Vorbereitungszeit zurückgelegt haben und durch Fleiß, Kenntnisse und tadelloses Betragen sich empfehlen, die Befugniß zu ertheilen, in Geschäften, deren Besorgung ihnen selbstständig überlassen ist, auch bei vorübergehender Verhinderung des Beamten, Beeidigungen und Vergelübdungen vorzunehmen.

Nun ist es bekannt, daß Rechtspraktikanten, wo sie nicht als bestellte Amtsverwalter functioniren, nur unter der Aufsicht und Verantwortlichkeit der Beamten peinliche Untersuchungen führen dürfen. Regierungsbl. von 1810, No. 42. S. 324, und von 1816. No. 38. S. 145.

Es müssen daher in dergleichen Untersuchungen die Eide und Handgelübde, wenn die respicirenden Praktikanten zu deren Abnahme nicht autorisirt sind, durch die Beamten selbst abgenommen werden. Nach einem althergebrachten Schlendrian lauteten die desfallsigen, mit der Präsenz des Praktikanten versehenen Protokolle gewöhnlich so:

„Es erschienen die Vorgeladenen und wiesen sich durch pfarramtliches Zeugniß über erhaltene Eidesbelehrung aus. Hierauf hat der Großherzogliche Amtmann N. N. die Erschienenen über die weltlichen Strafen des Meineids gehörig belehrt und denselben den Eid ordnungsmäßig abgenommen ꝛc.“

Daß dieß ungeeignet sei, muß schon deßwegen einleuchten, weil der Praktikant solche Handlungen eines Beamten, die er selbst nicht vornehmen darf, um so weniger in gültiger Weise beurkunden kann, als der erstere nur unter der Leitung des letzteren zu handeln befugt ist. Darum wurden auch hin und wieder Zweifel gegen die wirkliche und ordnungsmäßige Beeidigung erhoben.

Ist aber ein Praktikant zur Abnahme von Eiden und Handgelübden ermächtigt, so erfährt außer ihm und dem Amte, bei welchem er arbeitet, Niemand etwas davon. Von dem Beamten, dessen Ernennung öffentlich bekannt gemacht wurde, versteht sich's von selbst, daß er zur Vornahme solch' feierlicher Akte befugt ist. Nicht so von den Praktikanten. In so fern muß also dafür gesorgt werden, daß jeder, welchem es zu wissen nöthig ist, von der fraglichen Autorisation zuverlässige Kenntniß erhalte.

Aus diesen Betrachtungen ist ein hofgerichtliches Generale vom Dez. 1841, No. 13002, hervorgegangen, des Inhalts:

„Das Amt N. wird angewiesen, streng darüber zu wachen, daß allemal, wenn ein Rechtspraktikant entweder Eide oder Handgelübde abnimmt, in dem Protokolle die diesseitige Entschließung, wodurch der Praktikant zu dergleichen Amtshandlungen im Allgemeinen ermächtigt worden ist, ausdrücklich allegirt werde.

Werden hingegen Eide und Handgelübde, weil der respicirende Praktikant zu deren Abnahme nicht ermächtigt ist, durch den Beamten selbst abgenommen, somit Letzterer in die Präsenz des über diesen Akt eigens zu führenden Protokolls zu setzen, und dann ein Beschluß zu fassen, wodurch dem Praktikanten die weitere Verhandlung der Sache übertragen wird.“

Bayer.

*) In diesem Sinne hat der 2. Senat des Oberhofgerichts in den neuern Zeit schon mehreremal entschieden. D. Red.

IV.

Rechtsgutachten in Sachen des Buchhändlers Bensheimer zu Mannheim, als Rechtsnachfolgers des Universitätsbuchhändlers Oßwald in Heidelberg, Kläger, gegen den Großherzoglichen Geheimen Rath und Professor Dr. Carl Salomo Zachariä in Heidelberg, Beklagter.

Entschädigungsforderung aus einem Verlagsvertrag betreffend.

Der Großherzogliche Geheime Rath und Professor Dr. Zachariä in Heidelberg schloß am 30. Januar 1832 mit dem nun verlebten Universitätsbuchhändler August Oßwald allda einen Verlagsvertrag des Inhalts ab:

„1) Es gibt Herr Geheime Rath und Professor Zachariä folgendes Werk:

Staatswirthschaftslehre,

welches zugleich der fünfte und letzte Band seiner 40 Bücher vom Staate ist, dem Herrn Universitätsbuchhändler Oßwald in Verlag."

„2) Es werden von dem Werke

Eintausend und Zwanzig Exemplare

abgezogen. Der Herr Verfasser erhält davon zwölf Freiexemplare. Format und Lettern bleiben dieselben, wie bei den 40 Büchern vom Staate."

„3) Der Herr Verfasser erhält ein Honorarium von

zwei und zwanzig Gulden

für den gedruckten Bogen."

„4) Dieses Honorarium ist auf folgende Weise zu zahlen:

Dreihundert Gulden erhält der Herr Verfasser den 1. Juli 1832 ohne irgend eine Anrechnung, der Druck mag an diesem Tage vollendet sein oder nicht. Eben so erhält der Herr Verfasser zweihundert Gulden den 1. Oktober desselben Jahres. Den Rest erhält der Herr Verfasser zu Ostern 1833, insofern nicht der Herr Verfasser bis dahin Bücher für diesen Rest bei dem Herrn Verleger genommen hat."

„5) Der Druck beginnt zu Anfang des Monats März des laufenden Jahres. Der Herr Verfasser verpflichtet sich, das Manuscript so zu liefern, daß der Druck zu dieser Zeit anfangen, auch ununterbrochen fortgesetzt werden kann."

„6) Den Ladenpreis des Buches setzt der Verleger, jedoch möglichst billig, fest."

„7) Dieser Vertrag geht nur auf die erste Auflage. Jedoch wird der Herr Verfasser bei einer zweiten Auflage auf den Herrn Verleger, den Ersten vor allen Andern, Rücksicht nehmen."

„Von dieser Vertragsurkunde sind zwei gleichlautende Exemplare, das eine für den Herrn Verfasser, das andere für den Herrn Verleger ausgefertigt und vollzogen worden."

Heidelberg, den 30. Januar 1832.

Dr. Carl Salomo Zachariä.
August Oßwald.

Dieser Verlagsvertrag ging später durch Kauf vom Universitätsbuchhändler Oßwald in Heidelberg an den Buchhändler Bensheimer zu Mannheim über. Noch ehe die erste Auflage des fraglichen Werkes vergriffen ist — es sind nämlich noch 70 Exemplare davon vorhanden — veranstaltete der Beklagte ohne Vorwissen des Verlegers, beziehungsweise dessen Rechtsnachfolgers, eine zweite Ausgabe seines ganzen Werkes:

„vierzig Bücher vom Staate",

und folglich auch von dem in Frage stehenden Werke, welches einen Bestandtheil desselben und hiervon den letzten Band bildet.

Der Rechtsnachfolger des Verlegers stellte deßhalb bei dem Oberamte Heidelberg eine Klage auf Entschädigung wegen der noch vorräthigen 70 Exemplare an, und bat, zu erkennen, daß der Beklagte schuldig sei, ihm diesen Vorrath gegen Bezahlung des Ladenpreises nebst Verzugszinsen vom Tage der Klagezustellung an unter dessen Verfällung in die Kosten abzunehmen.

Es frägt sich nun, ob diese Klage rechtlich begründet ist?

Nach dem §. 2 des wörtlich angeführten Vertrages wurde das Verlagsrecht auf 1020 Exemplare, und nach §. 7 desselben auf die erste Auflage von dem Verfasser dem Verleger übertragen. Von diesen 1020 Exemplaren der ersten Auflage sind erweislich noch 70 Exemplare vorhanden, welche per Exemplar zu dem Ladenpreise von 5 fl. 42 kr. den Betrag von 399 fl. erreichen.

Der Verleger oder dessen Rechtsnachfolger ist mithin

durch die eigenmächtige Veranstaltung einer zweiten Ausgabe von Seiten des Autors, bevor er die erste Auflage vollständig abgesetzt hat, in seinem wohlerworbenen Rechte gekränkt, und die Klage auf Schadloshaltung ist rechtlich begründet.

Satz 1382. — Satz 577. d. d. Absatz 2 des Landrechts.

Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Dritte Auflage. Göttingen 1801. §. 197 c.

Dupree, Beiträge zur Revision des Pacht- und Buchhandelvertrages. Landshut 1811. Seite 99.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Zweite Abtheil. Landshut 1830. §. 204.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Vierte Ausgabe. Göttingen 1836. §. 386. S. 928.

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch spricht sich in §. 1168 ebenfalls für die Zulässigkeit einer solchen Klage klar in den Worten aus:

„Vor dem Absatze der Auflage ist der Verfasser nur dann zu einer neuen Ausgabe berechtiget, wenn er dem Verleger in Rücksicht der vorräthigen Exemplare eine angemessene Schadloshaltung zu leisten bereit ist.

Auch ist es eine bekannte Rechtsregel, daß der Schriftsteller dem Absatze des in Verlag gegebenen Buches nicht absichtlich schaden darf.

Bielitz, Commentar zum preußischen Landrecht. Th. II. Seite 739.

Absichtlich schadet er nun aber dem Absatze des Buches, wenn er, obwohl ihm bewußt ist, daß von der ersten Auflage noch Exemplare vorhanden sind, eine zweite Ausgabe in anderweiten Verlag übergibt.

Durch eine veranlaßte zweite Ausgabe eines Werkes wird dem Verleger der ersten Auflage alle und jede Gelegenheit genommen, das Werk noch um den Ladenpreis verkaufen zu können. Die etwaige Einwendung, daß dem Verleger der vollständige Absatz der ihm verkauften Exemplare als ein Hoffnungskauf (emtio spei) von dem Verfasser nicht garantirt worden sei, dürfte leicht zu beseitigen sein, wenn man erwägt, daß, obgleich kein Schriftsteller dem Verleger für einen reichlichen, oder gar für den vollständigen Absatz des in Verlag gegebenen Werkes Gewähr zu leisten braucht, und auch wirklich nicht leistet, und so ungewiß auch der Absatz eines Buches an und für sich ist, doch immer die Möglichkeit vorliegt, es verkaufen zu können, wenn davon keine neue Ausgabe erscheint. Ist aber diese einmal erfolgt, so ist alle Möglichkeit verschwunden, eine ältere Auflage um den ursprünglichen Ladenpreis anzubringen; der Preis einer älteren Auflage sinkt dadurch sogar zum geringen Makulaturwerthe herab.

Wollte man einem Schriftsteller die unbeschränkte Freiheit zu neuen Auflagen oder zu neuen veränderten Ausgaben, ehe die frühere Auflage vergriffen ist, einräumen, so würde man die Verleger ganz der Willkühr der Verfasser preisgeben, und es könnte öfters der Fall eintreten, daß die Verleger der ersten Auflage eines Werkes durch die von Seiten des Schriftstellers veranlaßte zweite Ausgabe nicht einmal so viele Exemplare verkaufen könnten, daß ihnen dadurch die Druckkosten gedeckt würden.

Zweifelhaft dürfte es nur sein, worin die Schadloshaltung für die noch bei dem Verleger vorräthigen Exemplare bestehen soll?

Der Commentar über das östreichische bürgerliche Gesetzbuch des Fr. von Zeiller, dritter Theil, Seite 518, No. 4, sagt zu §. 1168 des Gesetzbuches hierüber Folgendes:

„Eine Einschränkung der Freiheit des Schriftstellers in der Veranstaltung einer neuen Ausgabe schien also weder unpolitisch, noch widerrechtlich oder unbillig zu sein. Hierzu einen Stufengang von Jahren nach dem Umfange und der Wichtigkeit der Werke zum Maßstabe zu wählen, würde der Streitsache der Parteien und der Willkühr des Richters in der Anwendung ein zu weites Feld öffnen. Man beschloß demnach die Vorschrift, daß dem Verleger für die noch erweislich vorräthigen Exemplare eine angemessene Schadloshaltung geleistet werden soll. Diese aber besteht nicht in dem Laden- oder Buchhändlerpreise für jedes noch vorräthige Exemplar, sondern ist mit Rücksicht auf den aus dem Absatze bereits bezogenen Ersatz der Kosten und den Gewinn im Ganzen zu bestimmen.“

Hienach soll bei Ausmittelung der Entschädigung zunächst darauf gesehen werden, ob durch den früheren Absatz bereits die Verlagskosten, d. h. die Kosten des Druckes und des dem Verfasser bezahlten Honorars gedeckt sind, und überdies soll der dem Verleger im Ganzen zugefallene Gewinn in Betracht gezogen werden.

Digitized by Google

Allein ein solcher Maßstab der Entschädigung scheint nicht wohl angenommen werden zu können, weil der Beweis vielfachen Schwierigkeiten unterworfen ist, und außerdem dadurch keine volle Entschädigung geleistet würde.

Der einfachste und natürlichste Schadenersatz besteht in der Abnahme der vorräthigen Exemplare gegen Bezahlung des Ladenpreises nach Abzug des gewöhnlichen Buchhändlerrabattes. Eine solche Entschädigung ist auch der in Satz 1149 des Landrechts enthaltenen Bestimmung vollkommen entsprechend, da zufolge derselben der erlittene Verlust und der entgangene Gewinn ersetzt werden muß.

Nach der bisherigen Ausführung ist der Verfasser dieses Gutachtens der rechtlichen Ansicht:

daß der Beklagte unter Verfällung in die Kosten schuldig und verbunden sei, dem Kläger die noch vorräthigen 70 Exemplare der ersten Auflage des Werkes:

„Staatswirthschaftslehre"

über Abzug des Buchhändlerrabattes um den Ladenpreis abzunehmen.

Dr. Löw. *)

V.

Verweigert der Richter, welcher nach erhobenem Competenz-Conflict mit weiterem gerichtlichen Verfahren einhält, — die Justiz?

Nachdem Pf. für verschollen erklärt worden war, klagte H. bei dem Amte N. B. auf Ausfolgung ihres Antheils am Nachlasse desselben, indem sie sich darauf berief, daß ein Miterbe für sie Caution geleistet habe. Der belangte Curator wendete ein, der Cautionssteller habe auch den Antheil der H. in fürsorglichen Besitz erhalten, sie selbst könne aber die Ausfolgung ihres Antheils nicht verlangen, weil sie hierfür keine Caution geleistet habe. Das Amt (und zwar der die Civiljustiz besorgende zweite Beamte) verurtheilte den Curator zur Zahlung und erkannte auf Anrufen Pfändung gegen ihn.

Nun erschien der Miterbe, welcher Caution gestellt hatte, vor dem ersten Beamten, erklärte, er nehme sie, so weit sie für H. gestellt sei, zurück; denn er habe sie nur in der Voraussetzung gestellt, daß der Antheil der H. zu seiner Sicherung — gegen Ausfolgung der Zinsen — in seinem Besitz bleibe.

Nach Vernehmung des Curators und Amtsrevisorats verfügte der erste Beamte in den Akten über die Verschollenheitserklärung der Pf. Einhalt mit der gerichtlich erkannten Vollstreckung, und gab der H. hiervon mit dem Bemerken Nachricht, daß sie vor Allem Caution zu stellen habe.

Nachdem der von H. gestellte Anwalt hiergegen erfolglos protestirt hatte, stellte er zu den Civilprozeßakten das Gesuch um Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens und führte eventuell Beschwerde wegen Justizverweigerung, welche von dem zweiten Beamten (ohne daß dieser dem Gesuch um Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens entsprochen hatte) dem Hofgerichte vorgelegt wurde.

Dieses verwarf jedoch die Beschwerde als unbegründet,

in Erwägung, daß in dieser Sache — in welcher es sich um die Frage handelt, ob Klägerin die Ausfolgung ihres Erbtheils am Nachlaß der verschollenen Pf. verlangen kann — der die Rechtspolizei besorgende erste Beamte des Amts N. B. durch die Verfügung vom 14. März 1842 Einhalt mit der zum Vollzug eines gerichtlichen Urtheils angeordneten Vollstreckung geboten hat, und zwar wegen Mangels der erforderlichen Caution, und daß Klägerin von dieser Verfügung in Kenntniß gesetzt wurde;

in Erwägung, daß mit jener Verfügung der Rechtspolizeibeamte ausgesprochen, daß diese bisher gerichtlich verhandelte Sache vor ihn gehöre, mithin die Zuständigkeit der Gerichtsbehörde widersprochen hat;

nach Ansicht des §. 53 der Prozeßordnung, wonach über diesen Widerstreit die dazu gesetzlich bestimmte Staatsbehörde (das Staatsministerium) zu entscheiden hat, und zwar sowohl über die Frage, ob die Rechtspolizeibehörde überhaupt in dieser Sache zuständig ist, als auch über die, ob sie jetzt noch, nachdem ein gerichtliches Urtheil erlassen und rechtskräftig ist, in diese Sache sich einmischen kann;

in Erwägung, daß der Kl. Anwalt — statt zur Beseitigung des von dem Rechtspolizeibeamten erlassenen Einhaltsbefehls die Entscheidung über den Competenz-Conflict zu begehren — wegen Justizverweigerung Beschwerde geführt hat, daß aber hier der Unterrichter die Verhandlung

*) Oberhofgerichts-Sekretär in Mannheim.

und Entscheidung nicht verweigerte, sondern durch den einen Widerstreit über die Zuständigkeit des Gerichts enthaltenden Einhaltsbefehl des Administrativbeamten bis zur Entscheidung des erhobenen Competenzconflicts gehemmt ist, den Vollzug der erkannten Vollstreckung anzuordnen, daß mithin zu seiner Beschwerdeführung nach §. 1244. 2. Prozeßordnung kein Grund vorliegt. Trefurt.

NB. Der Administrativbeamte hätte allerdings besser gethan, statt selbst den Einhalt mit der gerichtlich erkannten Vollstreckung zu befehlen, den Competenzconflict zu erheben, den Gerichtsbeamten zum Einhalt zu veranlassen, und Vorlage der Acten zur hohen Entscheidung über den Competenzconflict anzuordnen.

VI.

Findet Anschließung an die Appellation gegen versagte Ladung auf die Klage statt?

§. 1166, 1167, 1230 ff. Pr.O.

Nachdem von dem Amte N. der Beklagte zur Vernehmlassung auf die Klage (§. 355 Pr.O.) aufgefordert worden, und der Antrag auf Ausspruch des — dem ungehorsamen Beklagten angedrohten — Rechtsnachtheils vom Kläger gestellt war, erkannte das Amt, die Klage finde noch zur Zeit nicht statt.

Hiergegen appellirte Kläger, und der Beklagte schloß sich an, mit dem Antrage, die Klage als nicht stattfindend zu verwerfen. Da durch das angefochtene Erkenntniß die vorher erkannte Ladung zurückgenommen wurde, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dasselbe nach §. 358 Pr.O. und die dagegen eingelegte Appellation nach §. 1230 ff. Pr.O. beurtheilt werden muß.

Es bestimmt nun zwar §. 1167 Pr.O. im Allgemeinen, das angefochtene Urtheil kann dann zum Nachtheil des appellirenden Theils abgeändert werden, wenn der Appellat sich dem Rechtsmittel angeschlossen habe; allein bei der besondern Lehre von der Appellation gegen versagte Ladung spricht die Prozeßordnung in §. 1237, 1238 aus, das angefochtene Erkenntniß könne vom Obergerichte nur bestätigt oder aufgehoben, es kann daher nicht zum Nachtheil des Appellanten abgeändert werden. Hieraus folgt, daß eine Anschließung an die Appellation des Klägers gegen versagte Ladung nicht stattfindet, sondern der Appellat auf Vertheidigung des unterrichterlichen Erkenntnisses sich zu beschränken hat.

Diese Ansicht erscheint auch dadurchgerecht fertigt, daß die Appellation in der Regel nur dann zulässig ist, wenn Anträge, die der Betheiligte bei dem Unterrichter stellte, dort ganz oder theilweise unberücksichtigt blieben, d. h. mit andern Worten, wenn ihm Etwas aberkannt worden ist.

S. Martin 6te Auflage §. 206 (q.)

Dieß ist aber bei dem Beklagten nicht der Fall, welcher sich über die abgewiesene Klage noch nicht vernehmen ließ, der also auch noch keine Anträge gestellt hat, dem dadurch offenbar nichts aberkannt wurde, daß die immerhin verworfene Klage statt mit dieser mit jener Form resp. Formel verworfen worden ist. Stempf *).

VII.

Schürmaier, Dr. Jg. H. Die Kunstfehler der Medicinal-Personen in strafrechtlicher, gerichtlich-medicinischer und medicinisch-polizeilicher Beziehung. Freiburg. Druck und Verlag der Wagnerschen Buchhandlung. J. 1838.

Der Verfasser ist des Dafürhaltens, daß die Kunstfehler der vom Staate autorisirten Medicinal-Personen von der peinlichen Strafgesetzgebung ausgeschlossen werden müssen. Zur Begründung seiner Ansicht geht er von der rechtsphilosophischen Erörterung der Frage aus: ob überhaupt ein allgemeiner gültiger Rechtsgrund zur Aufstellung eines solchen Strafgesetzes vorhanden sei, worauf er (Abs. I.) uns mit den Versuchen verschiedener Legislationen von der ältesten bis auf die jüngste Zeit und mit den Urtheilen sachkundiger Männer darüber bekannt macht; so fort (Abs. II.) folgende Sätze ausführt:

1) Nach dem bestehenden Zustand der Heilkunst sind Kunstfehler nicht blos möglich, sondern sogar unvermeidlich. (S. 42).
2) Der Arzt begeht sie, ohne ihrer wirklich oder möglicherweise bewußt zu sein. (S. 43, 44.)
3) Die Quelle derselben ist nicht der böse Wille, sondern der Mangel an Einsicht, welchem eben so wenig durch Präventiv- als durch Regressivmaßregeln mit vollständigem Erfolge entgegengewirkt werden kann. (S. 44 u. 46).

*) Hofgerichtsassessor in Mannheim. D. Red.

4) Strafgesetze dieser Art werden der Medicin als Wissenschaft und Kunst in ihrer Aufgabe, die Gesundheit der Staatsbürger aufrecht zu erhalten, schaden, weil sie ihre Entwickelung vom Standpunkte der Erfahrung hemmen. — Errando discimus.

5) Sie leiden an einem weitern Gebrechen, welches darin besteht, daß sie sich nicht zur Anwendung bringen lassen (S. 50); denn es ist schwierig, ja sogar unmöglich, Kunstfehler in vorkommenden Fällen formell und materiell zu eruiren (S. 52). Wir vermögen (bemerkt er S. 53) bei dem wirklichen Stande unserer Wissenschaft und Kunst keine haltbare Definition über Kunstfehler zu geben. Morgen ist uns vielleicht Regel der Kunst, was uns heute als Fehler, als Verstoß gegen die Kunst erscheint.

6) Bei der wegen Fahrlässigkeit gegen den Arzt erhobenen Anklage muß man die Vernachlässigung des Patientrn (z. B. unterlassener Krankenbesuch) von der kunstwidrigen Behandlung desselben unterscheiden.

Durch die erstere verletze er seine Dienstpflicht, wofür er, wie jeder andere Staatsdiener, zu bestrafen sei. Für die Folgen seiner Irrthümer in Beziehung auf seine artistische Thätigkeit könne er (den Civilpunkt abgerechnet) so wenig in Anspruch genommen werden als der Richter und die Gerichtshöfe, gegen deren culpose Justizmorde und Justizvergehen man noch keine peinliche Untersuchung und Strafe zugelassen und beantragt habe. (S. 66 u. 67).

Wenn ein Mann von Erfahrung, von ausgezeichneter, wissenschaftlicher und praktischer Bildung einen Gegenstand der Gesetzgebung bespricht, der in sein Fach einschlägt, so werden wir ihn stets mit doppelter Aufmerksamkeit hören, weil wir gewiß sind, daß das, was er sagt, immer im hohen Grade belehrend ist, wenn es auch nicht in jeder Beziehung als richtig erscheinen sollte. Die Wahrheiten, welche uns der Verfasser von dem Standpunkte der medicinischen Wissenschaft und Empirie aus mittheilt, sind für die Criminalgesetzgebung schon darum von der größten Wichtigkeit, weil diese nichts Unhaltbares, d. i. dem Zwecke der Strafgerechtigkeitspflege in keiner Weise Entsprechendes, in ihre Sphäre aufnehmen darf. Referent sieht daher seine Arbeit als einen schätzbaren Beitrag zur Schlichtung der schon von den ältern deutschen Criminalisten erörterten Streitfrage: nach welchen Grundsätzen man einen Arzt wegen des Erfolges seiner Kuren verantwortlich machen, d. h. nach welchen Grundsätzen man die hiebei begangenen Kunstfehler beurtheilen und bestrafen müsse? *) an. — Ob der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden vom Jahre 1839 die von dem Verfasser ertheilten Winke und Aufschlüsse in ihrem ganzen Umfange benützt habe? Ob und in wie weit sie der Berücksichtigung werth seien? — dieß sind Fragen, zu deren nähern Beantwortung hier der Ort nicht sein kann. Referent erlaubt sich gleich wohl, an die Beurtheilung dieser Schrift einige Betrachtungen zu knüpfen, welche sich auf die §§. 190, 191, 230 und 231 des Entwurfs beziehen.

1) Die Gesetzgebung darf das Leben und die Gesundheit der Staatsbürger den widerrechtlichen Angriffen von Pfuschern und Quacksalbern nicht preisgeben. Sie muß

2) der Nachlässigkeit, dem Leichtsinne und dem Heroismus der Aerzte, die das kostbarste Gut des Menschen — sein Leben und die Integrität des Körpers — ihrer persönlichen Behaglichkeit und Geringschätzung oder den Interessen der Kunst rücksichtslos zum Opfer bringen, Schranken setzen, welche stark genug sind, die aus jener Quelle entspringenden Gefahren abzuwenden.

3) Sie darf bei allem dem nicht übersehen, daß die Beurtheilung der Fahrlässigkeit eines Arztes schwer zu überwindenden, wenn nicht geradezu unüberwindlichen Schwierigkeiten unterliegt.

Wenn es, wie der Verfasser behauptet, sogar unmöglich ist, — Kunstfehler in vorkommenden Fällen zu eruiren, — wird man dann wohl im Stande sein, den Arzt einer wissentlich kunstwidrigen Behandlung **) zu überführen? — Und — welchen Schutz gewährt das Gesetz dem Arzte gegen die Kurzsichtigkeit, Einseitigkeit oder den Brotneid der Standesgenossen, welche, wie uns der Verfasser ebenfalls versichert, nicht einmal eine haltbare Definition über Kunstfehler zu geben im Stande sind? — Welches Vertrauen kann man endlich in Männer setzen, die, in so fern sie nicht gegen den Angeschuldigten oder gegen das von ihm befolgte System eingenommen sind, die ihnen vorgelegten Fragen mit der größtmöglichen Schonung zu beantworten geneigt sein werden, weil sie der Stand ihrer Wissenschaft der gleichen Lage und Gefahr aussetzt.

v. Kettenaker.

---

*) Archiv d. Crim.-R. n. F. J. 1838. Nr. 4. S. 584.

**) Der Ausdruck: „wissentlich", dessen sich der Entwurf bedient, bezieht sich nicht auf den Erfolg (Wirkung), sondern auf die Kunstwidrigkeit der Behandlung (Ursache). Wäre dem nicht so, so könnte wohl von einem dolus directus oder indirectus, nicht aber von der Culpa die Rede sein.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 27. August 1842.

I.

Von den gesetzlichen Folgen der Ausbedingung höherer als 6 Procent Zinsen bei der Darleihe. (Landrechtsatz 1907 e.)

Rechtsfall.

Das Handelshaus U. und Comp. in P. trat bei dem dortigen Amt unter dem 31. Mai 1842 mit einer Darlehnsklage gegen die Fabrikbesitzer S. und B. daselbst auf. Unter Vorlage der bezüglichen Schuldurkunde vom 14. März 1842, worin die Beklagten den Empfang der Darlehnssumme von 1806 bekannten, und diesen Betrag im Verlauf von 4 bis 6 Wochen mit 8 Procent Zinsen heimzuzahlen versprachen, wurde um Einleitung des Executivprocesses, sodann um Verurtheilung der Beklagten zur Zurückbezahlung der Darlehnssumme sammt 6 Procent Zinsen vom Tag des Schuldscheins, sowie um Verfällung in die Kosten gebeten.

Das Gericht verfügte in der Form des Executivprocesses Ladung. Bei der Verhandlung erkannten die Beklagten die vorgelegte Urkunde als ächt an, beriefen sich aber nicht nur auf die alsbald durch Urkunden erweislich gemachte, gegnerischerseits auch nicht bestrittene Einrede theilweiser Zahlung, sondern auch auf die Bestimmung des Landrechtsatzes 1907 e., welcher besagt:

> „Eine Schuld zu höher (als 6 Procent) bedungenen Zinsen ist für den Anleiher alle Monat, für den Darleiher aber nur alle halb Jahr aufkündlich und ableglich. Das Gegentheil kann nicht bedungen werden."

Auf den Grund des Inhaltes des Schuldscheines selbst, wonach sich der Darleiher 8 Procent Zinsen ausbedungen hatte, wurde von den Beklagten verlangt, daß die Klage als zur Zeit noch nicht stattfindend zurückgewiesen, eventuell wurde gebeten, daß ihnen gestattet werde, die bezahlte Summe an der Klagforderung in Abzug zu bringen. Der Kläger berief sich hingegen darauf, daß die Anleiher freiwillig die 8 Procent versprochen und die Heimzahlung binnen 6 Wochen zugesagt hätten, welche Vertragsbestimmung gelten müsse, daß auch überdieß die Kläger in der Klage nur 6 Procent gefordert hätten.

Das Gericht erkannte hierauf, daß die Klage unter Verfällung des Klägers in alle Kosten so weit die Schuldforderung nach Ausweis der Quittungen bereits bezahlt war, gänzlich, im Uebrigen zur Zeit abzuweisen sei.

Da beide Theile sich hierbei beruhigten, kam die Sache nicht zu höherer Prüfung und Entscheidung. Es dürfte indessen von Interesse sein, die Grundsätze, von welchen das Gericht in obigem Rechtstreite ausging, hier zur Sprache zu bringen, in so fern die Bestimmung des Landrechtsatzes 1907 e. eine dem badischen Rechte eigenthümliche ist, und in diesen Blättern noch niemals zur Erörterung kam, dieselbe aber als eine wenngleich nur vorübergehende Schutzwehr für die von Habsucht ausgebeutete Noth nicht ohne Bedeutung erscheint.

Nach den Erläuterungen zum badischen Landrecht Band III. S. 670—674 wollte der badische Gesetzgeber zwischen dem System des ursprünglichen Code Napoléon, welcher dem Beschluß des Nationalconvents entsprechend, gänzliche Freiheit des Zinsfußes festsetzte, und zwischen dem System des neueren französischen Gesetzes vom 3. September 1807, wodurch der alte gebietende Zinsfuß wieder zur Herrschaft gelangte, einen nähernden Mittelweg einschlagen; es sollten die Vorschriften des Landrechtsatzes 1907 e—f. insbesondere dazu dienen, den Reiz zu unverhältnißmäßigen Zinssteigerungen entfernt zu halten, damit auch die Gegenerfahrungen, welche in Frankreich den Sieg des

gebietenden Zinsfußes über die unbeschränkte Zinsgedingsfreiheit herbeigeführt hatten, nicht ganz unberücksichtigt bleiben.

Der Wortlaut verglichen mit dem Grund und Zweck des Gesetzes, wird nun folgende Sätze rechtfertigen:

1) Die Bestimmung des L.R.S. 1907 e. ist auch auf solche Fälle zu beziehen, wo die Parteien im Darlehensvertrag (der Darlehensurkunde) selst eine festbestimmte Frist zur Heimzahlung des Darlehens, sei es nun eine längere oder kürzere als ein halb Jahr bedungen haben.

Man könnte diesen Satz mit der Behauptung bestreiten, daß sich unser L.R.S. 1907. e. nur auf den Fall der Aufkündigung beziehe, mithin nicht auf solche Darlehen, welche schon vermöge des Darlehensvertrags nach einer festbestimmten Zeit heimzahlbar, somit keiner Aufkündigung bedürftig sind, indem dieser Landrechtssatz die Ausdrücke alle Monat und alle halb Jahr und den Ausdruck aufkündlich brauche, welche Ausdrücke auf den Fall sogleich festbestimmter Heimzahlungszeit nicht passen, und indem Ausnahmsgesetze, wozu unser Satz gehört, nicht auszudehnen seien.

Hiergegen ist zu bemerken: die Absicht des Gesetzgebers geht unverkennbar auf alle Darlehen, wobei höhere als sechsprozentige Zinsen bedungen sind, ohne Ausnahme. Es schreibt das Gesetz vor, daß das Gegentheil nicht bedungen werden könne. Würden die fraglichen Fälle ausgenommen, so könnte das Gesetz immer aufs Leichteste dadurch umgangen werden, daß eine festbestimmte Frist zur Heimzahlung bedungen, und die Vertragsurkunde nach Bedarf wieder erneuert würde.

Eine solche Auslegung liegt gewiß nicht im Sinne des Gesetzes. Sie liegt aber auch nicht in seinen Worten, wenn man sie einer näheren Prüfung unterwirft.

Das Gesetz sagt zwar: „eine Schuld zu höher bedungenen Zinsen ist für den Anleiher u. s. w. aufkündlich," allein es fügt noch bei: „und ablеglich." Ablegen heißt so viel als von sich wegbringen, entfernen, so sagt man z. B. ein Kleid, eine Waffe, eine Gewohnheit ablegen. Eine Schuld ablegen heißt also eine Schuld von sich entfernen, sich einer Schuld entledigen, und eine Schuld ist ableglich oder ablegbar, heißt: es kann die Schuld entfernt, das Schuldverhältniß kann aufgehoben werden. In unserem L.R.S. 1907. e. nun, wo das Wort Schuld passiv und zugleich activ gebraucht und der Ausdruck ableglich sowohl auf das Verhältniß des Anleihers als auf das Verhältniß des Darleihers angewendet wird, bedeutet der Ausspruch „die Schuld ist ableglich" in Bezug auf den Anleiher soviel als: die Schuld kann heimbezahlt werden, in Bezug auf den Darleiher dagegen: die Heimbezahlung kann verlangt und erlangt werden. Hieraus ergiebt sich, daß die Bestimmung des L.R.S. 1907. e. auch den Worten nach nicht nur auf den Fall der vertragsgemäß von der Aufkündigung abhängigen Rückzahlung eines Darlehens, vielmehr auch auf den Fall der vertragsgemäß ohne Aufkündigung stattfindenden Rückzahlung zu beziehen ist. Der Ausdruck ableglich stände ja sonst müßig da.

Daß das Gesetz sich dabei des Ausdrucks alle Monat, alle halbe Jahr bedient, kann damit erklärt werden, daß gerade deßhalb, weil das Gesetz für den Anleiher eine kürzere Frist, als für den Darleiher festsetzt, der Ausdruck alle in Bezug auf Ersteren für alle Fälle ganz passend erscheint, in Bezug auf Letzteren dagegen der Gleichförmigkeit wegen, indem der Gesetzgeber hauptsächlich den gewöhnlicheren Fall vor Augen hatte, mit unterlief. Das Landrecht drückt sich hier wie an manchen anderen Orten mehr kurz als deutlich aus. Immerhin läßt sich aus dem Schlußsatz „das Gegentheil kann nicht bedungen werden", die Absicht des Gesetzes klar genug entnehmen, so daß, wenn gleich ein Ausnahmsgesetz in Frage liegt, diejenige Auslegung gewählt werden kann und muß, wobei dem Gesetz in seiner Anwendung die beabsichtigte Wirkung gesichert bleibt. (†)

2) Die Bestimmung des L.R.S. 1907. e. ist jedoch, wenn der Darleiher auf Heimbezahlung des Darlehens klagt, nicht schon von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern erst alsdann, wenn der Anleiher oder sein Rechtsfolger sie geltend macht.

Indem das Gesetz vorschreibt: „das Gegentheil kann nicht bedungen werden", sagt es soviel als: wenn das Gegentheil auch factisch bedungen ist, rechtlich gilt es als

(†) Es kann übrigens keinem Zweifel unterliegen, daß der Anleiher, zu dessen Gunsten der S. 1907 e. die angegebenen Fristen bestimmt, für sich auch eine kürzere, zu Heimzahlungen von Seiten des Darleihers aber eine längere Frist bedingen kann, und daß eine solche Bedingung gegen den Darleiher wirksam ist.
D. Red.

nicht bedungen. Es ist also eine auf ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes beruhende Nichtigkeit, welche einer solchen gegentheiligen Uebereinkunft droht. Hätte das Gesetz gesagt: „das Gegentheil darf nicht bedungen werden," so würde eine Nichtigkeit im Sinne des Landrechtsatzes 6. l. drohen, insofern das Gesetz die Verbindlichkeitsübernahme hiedurch verböte, ohne die zuwider erfolgte Handlung für dennoch bestehend oder für blos strafbar zu erklären. Die in unserem Falle drohende Nichtigkeit ist aber nur als eine relative, eine nur auf Antrag der Betheiligten eintretende Nichtigkeit zu betrachten. Es ist eine solche, die nur zum Vortheil des Anleihers eingeführt ist. Hat auch der nachfolgende Landrechtsatz 1907. f. theilweise das öffentliche Interesse im Auge, bei L.R.S. 1907. e. ist dieß nicht der Fall, mithin kann auch die daraus hervorgehende Nichtigkeit nicht den Nichtigkeiten des öffentlichen Rechtes beigezählt werden, welche in der Regel wie absolute Nichtigkeiten wirken.

Vergl. Zachariä, Handbuch §. 37.

Rogron code civil expliqué L. III. Tit. 3 chap. 5 sect. 7 (pag. 270.)

Unser L.R.S. 1907. e. giebt vielmehr dem Anleiher ein Vorrecht, worauf er jeden Augenblick durch die That verzichten kann (privilegia non obtruduntur); gar oft kann es ja seinem eigenen Interesse förderlicher sein, keinen Gebrauch davon zu machen, z. B. wenn ihm anderswoher ein vortheilhafteres Darlehen sich bietet. Im Voraus, durch bloßes Wort, kann der Anleiher zwar rechtsbindend auf jenes Vorrecht nicht Verzicht leisten, er ist aber keineswegs gehindert, schon vor der zu seinen Gunsten im Gesetz bestimmten Zeit das Darleben abzutragen und er kann sogar, abgesehen vom Fall des L.R.S. 1907 f. das so vor der Zeit bezahlte Geld gemäß L.R.S. 1186 verglichen mit L.R.S. 6 g. und 1235. nicht als zu frühe bezahlt, wieder zurückfordern.

Nach diesen Grundsätzen wurde im obigen Rechtsfall vom Gerichte verfahren. Es hängt damit zusammen der weitere Satz:

3) Wenn die bezügliche Einwendung sich als begründet darstellt, so ist die Klage als noch zur Zeit nicht stattfindend abzuweisen.

Dieß ergiebt sich daraus, daß die Rückforderungsklage in solchem Falle erst nach Ablauf einer gewissen, d. h. festbestimmten Zeit wirksam erhoben werden kann. Die Prozeßordnung erwähnt und regelt diese Art der Abweisung zwar nur in §. 360, wo sie als Ladungsverfügung im Titel „vom schriftlichen Verfahren" vorkommt, allein es hätte niemals bezweifelt werden sollen, daß ebensowohl die Abweisung der Klage als noch zur Zeit nicht stattfindend, als die Abweisung der Klage als hier nicht stattfindend, oder als (schlechthin) nicht stattfindend nicht blos als erste Verfügung, sondern auch nach schon gepflogenen Verhandlungen und am Schlusse des Verfahrens erfolgen darf. Es ist unverkennbar, daß die Formen der Prozeß-Ordnung §. 357. 358 u. 360 lediglich als eine Anwendung der allgemeinen, in der Natur der Rechts- und Gerichtsverhältnisse begründeten Klagverwerfungsformen erscheinen, welche Formen freilich die Prozeßordnung am geeigneten Orte (§. 370. folg.) als sich von selbst ergebend aufzuzählen unterlassen hat.

Es versteht sich, daß die Klage, soweit der Beklagte etwa, wie im angeführten Rechtsfall, das Darlehen schon vorher freiwillig abgetragen hat, schlechthin abzuweisen ist.

4) Die zu erwartende Abweisung der Klage als noch zur Zeit nicht stattfindend, kann dadurch nicht abgewendet werden, daß der Darleiher schon in der Klage seine Zinsforderung auf sechs oder weniger Prozent herabsetzt und auf höhere Zinsansprache verzichtet.

Die Bestimmung des L.R.S. 1907. e. erscheint ja als ein dem Anleiher zugestandener Rechtsvortheil. Durch Abschluß des höhern als sechs Prozent Zinsen festsetzenden Vertrages ist er für ihn ein erworbenes Recht geworden, das ihm durch einseitige Handlung des Darleihers nicht wieder entzogen werden kann. In unserem Falle konnte daher die Minderung der Zinsen in der Klage dem Darleiher rechtlich nicht helfen, ebensowenig als sie ihm wegen des selbstnützigen Zweckes moralisch zu gut geschrieben werden kann.

Eduard Brauer.

II.

Hat in den Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob ein zur hofgerichtlichen Competenz sich eignendes Verbrechen vorliege, der Untersuchungsrichter über die Competenzfrage zu entscheiden?

Diese Frage pflegt von unsern Hofgerichten bejaht zu werden, und es wurde erst kürzlich von dem Groß-

herzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreises auf die Anfrage eines Untersuchungsrichters, (verbunden mit der Vorlage der Untersuchungsacten, aus denen der objective Thatbestand zu ersehen war) ob in dem gegebenen Falle gegen einen Krämer eine Untersuchung wegen boshafter Zahlungsflüchtigkeit eingeleitet werden könne, reskribirt:

„man müsse lediglich seinem Ermessen überlassen, „welches Verbrechen hier vorliege und zur Unter„suchung zu bringen sei."

Die Richtigkeit dieser Ansicht scheint nun erheblichen Zweifeln zu unterliegen, und der Gegenstand ist wichtig genug, um hier öffentlich besprochen zu werden.

Durch den §. II. Nr. 2 und 4. des Strafedikts ist in Baden zwar eine factische Trennung der untersuchenden von der urtheilenden Behörde in Strafsachen eingeführt, allein wieweit die Befugnisse des Untersuchungsrichters gehen, ist dort nicht festgestellt.

Doch scheint schon aus den Worten des §. 16 des Straf-Edikts:

„die Schöpfung der Urtheile soll von unsern Gerichten — niemals mehr durch Einholung des Raths der juridischen Facultäten oder auswärtigen Rechtsgelehrten geschehen, indem unsere untern Obrigkeiten in den Fällen, die ihnen zweifelhaft dünken, lediglich an die ihnen vorgesetzten Hofgerichte sich zu wenden haben",

hervorzugehen, daß die Hofgerichte in den in Frage stehenden Fällen nicht nur das Endurtheil, sondern auch Zwischenurtheile zu erlassen befugt und verpflichtet sind, wenn der Untersuchungsrichtee einen zweifelhaften Fall dem Hofgerichte vorlegt.

Damit dürfte der oben mitgetheilte Ausspruch des Großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises sich nicht vereinigen lassen; es scheinen mir aber ferner noch folgende Gründe gegen die dort aufgestellte Ansicht entscheidend zu sprechen:

Die Trennung der untersuchenden von der urtheilenden Gerichtsbehörde dürfte in rechtlicher Beziehung als nicht vorhanden anzunehmen, und der Untersuchungsrichter als durch §. II. Nr. 2. des Strafedikts im Allgemeinen delegirter Richter in allen zur hofgerichtlichen Competenz sich eignenden Strafsachen zu betrachten sein, so daß er, was die Untersuchungsführung betrifft, wie ein Mitglied des urtheilenden Hofgerichts zu betrachten wäre.

Wenn man nicht annimmt, daß in den fraglichen Fällen das Hofgericht selbst rechtlich die untersuchende Behörde sei, woraus wollte man sonst seine Befugniß statt des ordentlichen Untersuchungsrichters ein Mitglied aus seiner Mitte mit der Untersuchungsführung zu beauftragen, deduciren?

Aus dem Gesagten folgt, daß der Untersuchungsrichter nach den Ansichten des Collegiums, von dem er als gesetzlich delegirt zu erachten ist, zu verfahren habe und daß er mithin den Rath des Collegiums einzuholen und zu verlangen verpflichtet und befugt sei, wie dieses in ähnlicher Weise mit dem juge d'instruction in Frankreich der Fall ist, welcher, ein Mitglied des Tribunals erster Instanz, auf drei Jahre zum Untersuchungsrichter ernannt wird, und über seine Untersuchungen dem Tribunal wöchentlich Bericht zu erstatten hat.

Es versteht sich von selbst, daß hier von den Beschränkungen des juge d'instruction, welche die abweichende Gerichtsverfassung in Frankreich nach sich zieht, in Bezug auf den deutschen Inquirenten kein Gebrauch gemacht werden kann.

Wollte man den Untersuchungsrichter als für sich allein dastehend betrachten, so wäre seine Stellung eine höchst sonderbare, dem öffentlichen Interesse, wie dem der in Untersuchung Befangenen oder mit einer Untersuchung Bedrohten gleich gefährliche; es stünde dann in seiner Macht, ein Verbrechen für dieses oder jenes zu erklären, und nach Willkür eine Untersuchung zu beginnen, oder nicht, eine begonnene Untersuchung aus dem Grunde, weil sie sich nach seiner Ansicht zur Aburtheilung durch das Hofgericht nicht eignet, beruhen zu lassen oder selbst das Urtheil zu geben, eine langwierige, kostspielige, den Inculpaten seiner Freiheit beraubende Criminalprocedur eintreten zu lassen, weil er glaubt, es sei ein schweres Verbrechen vorhanden. Wie oft tritt dieser letzte Fall bei der vermeintlichen Wilderei ein! Wenn die Untersuchung und der Verhaft des Inculpaten oft Monate lang gedauert hat, erfolgt der hofgerichtliche Beschluß, es sei kein Grund zur Erlassung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorhanden.

In den meisten derartigen Fällen könnte der langwierigen Untersuchung und Verhaftung des Angeschuldigten dadurch vorgebeugt werden, daß der Untersuchungsrichter nach Constatirung des objectiven Thatbestands dem

Hofgericht die Untersuchungsakten mit der Anfrage vorlegte, ob der Thatbestand der Wilderei oder ähnlicher schwerer zweifelhafter Verbrechen für vorhanden erachtet werde, und daher die Criminaluntersuchung fortzusetzen sei, oder nicht.

Wozu die Criminalproceedur mit ihren Schrecken und Kosten, wenn man am Ende sagen muß, es war kein rechtlicher Grund zu diesen furchtbaren Präliminarien vorhanden?

Wie steht der Untersuchungsrichter da, der nach seinem besten Wissen und Gewissen gehandelt zu haben glaubt? Mit allem Schein Rechtens hält man ihn entweder für einen Tyrannen oder für einen unwissenden Menschen, denn das Obergericht hat ja sein ganzes Untersuchungsgebäude über den Haufen geworfen.

Sind die Fälle selten, wo die Mittelgerichte keinen Grund zur Erlassung eines Strafurtheils fanden und der höchste Gerichtshof das schuldig aussprach? Um so weniger kann man dem ohnehin so überhäuften Untersuchungsrichter bei unserer mangelhaften Criminalgesetzgebung einen Vorwurf darüber machen, daß er ein Verbrechen verkannt habe.

Läßt sich der Untersuchungsrichter durch solche bittere Erfahrungen in seiner Thätigkeit lähmen, so tritt der traurige Fall nicht selten ein, daß gefährliche Verbrecher, zu denen namentlich die Wilderer gehören, der verdienten Strafe entgehen, und die öffentliche Sicherheit in gewohnter Weise gefährden.

Allen diesen Mißständen kann in den geeigneten Fällen durch die oben bezeichneten Zwischenurtheile der Hofgerichte, welche in dem §. 16 des Strafedikts eine gesetzliche Grundlage haben, abgeholfen werden, ohne auf das Resultat der Untersuchung nachtheilig einzuwirken.

Die Entscheidung des Obergerichts (und die der Reursinstanz, wenn der Staatsanwalt recurrirt) kann rasch erfolgen, weil sie nur die einzige Rechtsfrage, ob die vorliegenden Thatsachen den Thatbestand dieses oder jenes Verbrechens bilden, zu beantworten hat.

Ich glaube daher, daß man eher den Untersuchungsrichter die Weihung geben, ihre Untersuchungsacten dem Obergerichte zur Erlassung eines Zwischenurtheiles über den objectiven Thatbestand in zweifelhaften Fällen vorzulegen, als daß man sie auf ihr eigenes Ermessen verweisen sollte. Fr. Schenkh.

III.

Bemerkungen zu dem Gesetz über die Viehmängel, deren Wandel und Gewährschaft vom 20. Juni 1806. Regierungsblatt No. XVII.

1) Wesentlicher Inhalt der Wandelklage. Zu §. 11 und 12 des Gesetzes.

Der Kläger ist nicht gehalten, einen speziellen Hauptmangel anzugeben, es genügt vielmehr und ist beziehungsweise erforderlich, zu behaupten, daß das fragliche Thier an einem Hauptmangel leide. Die Benennung eines speziellen Hauptmangels zu fordern, hieße in der Regel, von dem Kläger etwas verlangen, was er häufig nicht wissen kann, und was er auch nicht wissen muß.

Das Klagbegehren ist stets alternativ, auf Rücknahme des Thieres oder Preisverminderung zu stellen, da nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, ob nicht die Tödtung des Thieres nothwendig und das Fleisch desselben, die Haut u. s. w. brauchbar ist.

Im Uebrigen sind die allgemeinen Vorschriften über den nothwendigen Inhalt einer Klage maßgebend.

2) Dauer des Klagrechts. Zu §. 13 und 14 des Gesetzes.

Und das Gesetz scheint im §. 13 die Dauer des Klagrechts auf die Dauer der gesetzlich vorgeschriebenen Gewährzeit (ausgenommen, wenn ein beim Kauf gespielter Betrug zu verfolgen ist oder eine spezielle und beurkundete Vertragsbedingung vorliegt) zu beschränken, indem es sagt:

„Das Klagrecht erlischt mit Ablauf der oben für „jeden Fall bestimmten Gewährzeit."

Dem ist aber nicht so, wie aus den §§. 14, 15 u. 24 leg. cit. hervorgeht.

Die Anstellung der Klage während der Gewährzeit bewahrt nur die zu Gunsten des Klägers sprechende gesetzliche Vermuthung, daß der während der Gewährzeit entdeckte Mangel schon vor der Veräußerung des Thieres an ihm gehaftet habe, wogegen derjenige, welcher nach Ablauf der Gewährzeit die Wandelklage erheben will, zu behaupten und nöthigenfalls darzuthun hat, daß der von ihm angegebene Hauptmangel schon vor der Veräußerung das Thier befallen gehabt habe.

Digitized by Google

Daß das Klagrecht selbst mit dem Ablauf der Gewährzeit nicht erlöschen solle, geht aus den Worten des §. 15 leg. cit.:

> nach Verfluß der gesetzlichen oder bedungenen Währschaftszeit findet weder auf Rücknahme des Thieres noch auf Preisverminderung eine Klage statt, ohne daß jener nur gedachte Beweis (daß nämlich der Hauptmangel schon vor der Veräußerung an dem Thiere gehaftet habe) zweifellos geführt erschiene,

unzweideutig hervor.

Der §. 15 cit. ist ungenau redigirt. Die Klage kann, insofern darin behauptet ist, der Hauptmangel habe schon vor der Veräußerung an dem Thiere gehaftet, als nicht statthaft nicht verworfen werden, es muß vielmehr dem Kläger der Beweis darüber, daß das Thier schon vor seiner Veräußerung von dem Hauptmangel befallen gewesen sei, gestattet werden, wenn anders nicht die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung (siehe unten) als begründet zu erachten ist. Liefert der Kläger jenen Beweis nicht, so ist er mit der Klage abzuweisen.

Die Dauer des Klagrechts ist hiernach in dem Gesetz nicht bestimmt, sondern es ist nur festgesetzt, wie lange der Kläger von der im §. 14 leg. cit. zu seinen Gunsten geschaffenen gesetzlichen Vermuthung Gebrauch machen kann; es gilt daher auch hier die Vorschrift des Landrechtssatzes 1648, daß die Klage nach Beschaffenheit der Mängel und nach Gebrauch des Orts, wo der Kauf geschah, in einer kurzen Frist angestellt werden müsse. Ob die Dauer des Klagrechts über die gesetzliche Gewährzeit auszudehnen sei, hängt hiernach von dem Ortsgebrauch, und wo ein solcher nicht vorhanden oder nicht ausreichend ist, von dem die Beschaffenheit der Mängel zu berücksichtigen habenden richterlichen Ermessen ab.

Es liegt aber, wie oben bemerkt, dem Kläger ob, zu beweisen, daß der entdeckte Mangel schon vor dem Verkauf das Thier befallen gehabt habe, insofern er nicht die gesetzliche Vermuthung des §. 14 cit. für sich geltend machen kann.

3. Vorsichtsmaßregeln für den Käufer und beziehungsweise Verkäufer.

Zu §. 20 des Gesetzes.

Es ist eine unter dem mit dem Viehhandel sich befassenden Publikum allgemein verbreitete Ansicht, daß der Käufer eines dem Anschein nach kranken Stückes Vieh seinen Verkäufer von der Krankheit des Thieres vorerst durch das Bezirksamt müsse in Kenntniß setzen lassen (ihm die Gewähr ansagen), wenn er der Wandelklage Eingang verschaffen und den Ablauf der Gewährzeit hemmen wolle; auch wenn der erste Käufer das Thier bereits verkauft hat, pflegt von demselben eine solche Anzeige behufs der Benachrichtigung seines Verkäufers bei dem Bezirksamte gemacht zu werden, in der Meinung, es werde dadurch der Ablauf der Gewährzeit verhindert; ja es hat kürzlich ein Anwalt eine Klage auf Rücknahme einer Kuh Namens des Käufers, der die Kuh bereits verkauft hatte, und von seinem Käufer mit einer Wandelklage belangt war, gegen den ersten Verkäufer erhoben, dem der Streit hätte verkündet werden können und sollen.

Das Bezirksamt ist zur Besorgung einer solchen Benachrichtigung weder befugt noch verpflichtet, denn es ist noch zur Zeit kein Rechtsstreit in diesem Betreffe bei ihm anhängig, es kann daher auch noch nicht einschreiten.

§. 1, 5, 112 und 117 der Prozeßordnung.

Die in Frage stehende Anzeige und die in Folge derselben bewirkte Benachrichtigung des Verkäufers eines Stückes Vieh erreicht ihren Zweck, die gesetzliche Vermuthung des §. 14 cit. zu wahren, durchaus nicht, denn das Gesetz hat der bloßen Benachrichtigung des Verkäufers, daß das von ihm verkaufte Stück Vieh an einem Hauptmangel leide, keineswegs die Kraft der Bewahrung der gesetzlichen Vermuthung des §. 14 cit. beigelegt; es verlangt vielmehr, daß das Vorhandensein eines Hauptmangels während der Gewährzeit constatirt werde, wenn die fragliche Vermuthung zu Gunsten des Käufers eintreten soll. Da nun das Vorhandensein eines Hauptmangels nur durch die Schau und das Gutachten einer gesetzmäßig gebildeten Experten-Commission constatirt werden kann, und da der Hauptmangel binnen der Gewährzeit erschienen sein muß, so kann nur die während der Gewährzeit gesetzmäßig vorgenommene und beurkundete Schau die gesetzliche Vermuthung des §. 14 cit. bewahren.

§. 14, 16 ff. leg. cit.

Die Abgabe des Gutachtens kann 24 Stunden später, also auch nach Ablauf der Gewährzeit erfolgen, was auch so gerechter und billiger erscheint, als das Gut-

Digitized by Google

achten eine bloße Schlußfolgerung aus dem bereits aktenmäßigen Resultate der Schau ist und diese Schlußfolgerung eben so sicher (und noch gründlicher) auch später noch gezogen werden.

Der Käufer eines kranken Stückes Vieh hat also sein Hauptaugenmerk darauf zu richten, daß die Schau binnen der Gewährzeit vorgenommen werde; besonders wichtig ist dieses für einen Käufer, welcher das von ihm gekaufte Thier bereits weiter verkauft, und von seinem Käufer die Anzeige, das Thier sei krank, erhalten hat. Kann der erste Käufer während der ihm seinem Verkäufer gegenüber laufenden Gewährzeit die Vornahme der Schau nicht mehr bewirken, so ist er der gesetzlichen Vermuthung des §. 14 cit. verlustig.

Das Gesetz hat für solche dringenden Fälle genügende Vorsorge getroffen, indem es in dem §. 20 die Vornahme einer *außerordentlichen Schau* gestattet, welche ohne Beizug der Gegenpartei, für die von Amtswegen ein Vertreter beizuordnen ist, von dem Gerichtsstande des Imploranten vorgenommen werden kann und als mit Rechtswirkung vorgenommen zu erachten ist, wenn der Imploront später vor dem Gerichtsstande seines Gegners die Befugniß zu jener Vorkehr mittelst Beweises rechtlicher Hindernisse an einer zeitigeren Klage und einer Beirufung des Gegentheils und mittelst unverzüglicher Erhebung der Klage nach Beseitigung jener Hindernisse rechtfertigt, widrigenfalls er mit seiner Klage abzuweisen ist.

Möglicherweise genügt *die Streitverkündung allein*, wenn sie so bald erfolgen kann, daß die für den Litisdenuncianten laufende Gewährzeit noch nicht verstrichen ist, so daß noch binnen derselben die Schau vorgenommen werden kann, und der Käufer des Litisdenuncianten die Vornahme der Schau in dieser Zeit erwirkt. Thut jener Käufer dieses nicht und es ist die Gewährzeit desjenigen, welcher sich der Streitverkündung bedienen könnte, seinem Verkäufer gegenüber noch nicht abgelaufen, so bleibt letzterem zur Wahrung der gesetzlichen Vermuthung nur die Erwirkung einer außerordentlichen Schau übrig, deren Vornahme er aber leicht rechtfertigen kann, da er noch nicht wieder Eigenthümer des Thieres, um welches es sich handelt, geworden ist, und daher auch noch zur Zeit keine Klage gegen seinen Verkäufer erheben kann.

Das Begehren der Vornahme einer außerordentlichen Schau wird wohl in diesem Falle ebenfalls in dem §. 20 cit. begründet sein, und wird durch die Annalogie, welche sich aus den Vorschriften über den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß ableiten läßt, unterstützt werden. §. 521 u. ff. der Prozeßordnung.

Die Bescheinigung der Gefahr wird ein nothwendiger Bestandtheil der Bitte um Anordnung der außerordentlichen Schau in dem vorliegenden Falle sein. §. 522 der Prozeßordnung.

Fr. Schenkh.

IV.

Bemerkung zu dem Aufsatz V. B. in Nro. 19. der Annalen von 1842.

Da anerkannt war, daß aus dem Kaufvertrage für den Verkäufer auch das Recht entspringt, den Eintrag des Vertrags in das Grundbuch von dem Käufer zu verlangen, so hat das Gericht wohl mit Unrecht die bezeichnete Klage *als in Rechten nicht begründet* abgewiesen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn aus einem Vertrage verschiedene, neben einander bestehende, Rechte entspringen, der Berechtigte die Wahl hat, welches einzelne derselben er (vor dem andern) ausüben will, und daß der Verpflichtete das von Jenen gewählte einzelne Recht anzuerkennen hat, ohne Rücksicht darauf, ob es seine Haupt- oder irgend eine Nebenverbindlichkeit betrifft.

Wenn nun das Rechtsgeschäft selbst (der Vertrag) von dem angeblich Verpflichteten beanstandet wird, so folgt hieraus keineswegs, daß dann ein accessorisches Recht aus jenem Geschäfte (noch) gar nicht geltend gemacht werden könne, vielmehr nur, daß eben der angeblich Berechtigte, um sein Nebenrecht gerichtlich durchsetzen zu können, das Dasein des dasselbe bedingenden Rechtsgeschäfts darzuthun hat, ebenso wie in dem Fall, wenn er das Hauptrecht geltend gemacht hätte und dessen Quelle beanstandet worden wäre.

Es war daher wohl ein unrichtiger Schluß des Gerichts, daß ein accessorisches Recht nicht geltend gemacht

werden könne, weil das Bestehen seiner Quelle, des Kaufvertrags beanstandet sei.

Denn, wenn schon das einzelne Recht durch das Bestehen seiner Quelle bedingt ist, so ist doch keineswegs die Ableituug des Rechts aus dieser Quelle durch das (vorausgegangene) Anerkenntniß derselben von Seiten des Verpflichteten bedingt, vielmehr kann sie ohne dieses Anerkenntniß bestehen. Auch ist das Begehren des angeblich Berechtigten, auf ein einzelnes aus einem Rechtsgeschäfte abgeleitetes Recht gestellt, implicite auch darauf gerichtet, daß die Quelle dieses Rechts anerkannt werde.

In Bezug auf das Interesse, welches der Verkäufer dabei hat, daß der Kaufvertrag zum Grundbuch eingetragen werde, ist zu dem in den angeführten Entscheidungsgründen bereits Angegebenen noch zu bemerken, daß dem Verläufer namentlich auch deßhalb an dem Eintrag viel gelegen sein muß, weil er ihm sein Vorzugsrecht für den Kaufpreis wahrt.

L.R.S. 2108.

Bekk, dingliche Rechte Nr. 61. zu 1.

Stempf, (Hofgerichtsassessor.)

V.

Curiosa.

1. Einem Inquisiten, welcher den ihm angeschuldigten Diebstahl hartnäckig läugnete, wurde im Verhör vorgehalten:

„Ihr macht es eben, wie in allen früheren Verhören und verlegt euch auf ein unverschämtes Läugnen, das so weit geht, daß, wenn man euch im Verhör vorhielte, es sei jetzt Tag, ihr behaupten würdet, es sei Nacht, und es ist nur zu bedauern, daß das Gesetz bei Leuten von so erprobter Schlechtigkeit keine Strafe gesetzt hat. Denn die Behauptung, daß zwei junge, dem ganzen Aussehen nach ehrliche und unverdorbene Pursche in einer Sache, die sie im Grunde gar nichts angeht, falsche Eide geschworen haben, verdient gewiß eine tüchtige Strafe und wenn es in der Gewalt des Untersuchungsrichters läge, eine solche gegen euch zu verhängen, so würde sie gewiß nicht unterlassen werden."

2. Am Vormittag des 18. April d. J. erschien bei einem praktischen Arzt in Mannheim halb athemlos eine Weibsperson, um ihn zum Kronenwirth in Käferthal, welcher plötzlich krank geworden sei, abzurufen. Auf die Frage des Arztes, ob schon eine Chaise bestellt wäre, versetzte sie, er möchte die nächste beste Chaise nehmen, indem es sehr Eile hätte. Der Arzt fuhr hierauf en carrière nach Käferthal, wo er den Kronenwirth und dessen Familie im besten Wohlsein antraf und zugleich erfuhr, daß Niemand beauftragt worden sei, einen Arzt zu holen.

Kaum war der Arzt von Haus weggefahren, so fand sich die nämliche Weibsperson wieder daselbst ein und verlangte von dessen Frau 1 fl. 30 kr., um damit Blutegel zu kaufen, die der Herr Doktor so schnell wie möglich nachzubringen befohlen habe. Auf die Aeußerung der Frau Doktorin, daß sie Blutegel in der Apotheke holen könne, versicherte die Bötin, daß sie solche nach dem ausdrücklichen Befehl des Herrn Doktors, weil jene in der Apotheke sehr schlecht seien, beim Wundarzt holen müsse, der ihr ohne Geld keine gebe, weil er sie nicht kenne. Sie erhielt nun die verlangten 1 fl 30 kr. nnd entfernte sich damit. Als der Arzt bei seiner Nachhausekunft erfuhr, was inzwischen noch weiter vorgefallen, wurde ihm klar, daß seine Mission nach Käferthal nur als Vehikel zu der Prellerei dienen mußte, welche unter einem falschen Vorwande an seiner Frau Gemahlin verübt worden ist. Etwa 14 Tage später begegnete die Frau Doktorin die gedachte Weibsperson auf der Straße und ließ sie festnehmen. In der hierauf eingeleiteten Untersuchung gestand die Inculpatin, die sich seit einiger Zeit dienstlos, theils in Mannheim, theils in Heidelberg herumgetrieben hatte, nicht nur diesen Betrug, sondern auch einen andern, welchen sie auf ähnliche Weise an einem praktischen Arzt in der letzten Stadt verübt, mit sehr viel Offenherzigkeit ein und entschuldigte sich damit, daß sie eben in großer Geldnoth gewesen sei. †

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Gb. Th. Groos

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 3. September 1842.

I.

Der Nichtwissenseid kann nach Umständen als Wahrheitseid, nicht aber als Wissenseid zurückgeschoben und eben so wenig in letzterer Form als Notheid auferlegt werden.

(Man vergleiche Annalen 1837, Seite 151, und 1838, Seite 84.)

Der Haupteid und der Notheid — die beiden Arten eidlicher Erhärtung — gehören einem gemeinschaftlichen Gattungsbegriffe an. — Der Haupteid wird von der beweispflichtigen Partei dem Gegner zugeschoben, der Notheid wird vom Richter für die beweispflichtige Partei, deren Beweisführung nicht vollständig gelungen ist, einem der streitenden Theile als Erfüllungs- oder Ableugnungseid auferlegt.

Die Form und der Inhalt beider Arten eidlicher Erhärtung sind gleich.

Nach Ansicht des Landrechtssatzes 1362 u. §. 584 d. P.O. sollte wohl nicht zweifelhaft sein, daß der Eid des Nichtwissens, welchen der Erbe über die Handlungen seines Rechtsvorfahrers zu schwören hat, nur dann zurückgeschoben werden kann, wenn die zu beschwörende Handlung eine zwischen dem Rechtsvorfahrer des Erben und dem Gegner gemeinschaftliche Handlung, demnach der Gegner in der Lage ist, den zurückgeschobenen Nichtwissenseid als Wahrheitseid auszuschwören.

Die Praxis hält es jedoch nicht immer so, man läßt auch die Zurückschiebung des Nichtwissenseides als Wissenseid zu, und legt auch den Wissenseid von Amtswegen als Notheid auf, wie es auch in nachstehender Entscheidung geschah.

Der Kläger hatte im Jahre 1820 ein Haus gekauft, von welchem das Regenwasser, welches sich durch die Dachtraufe und bei nasser Witterung vom Berge her in seinem Hof ansammelte, mittelst eines Kanals durch den Hof des Nachbarn und von da durch eine Oeffnung in einer Mauer in den Hof des nächsten Hofbesitzers abgeleitet wurde.

Der Nachbar verhinderte den Ablauf und es entstand über diese Wasserleitung ein Streit. — Der Kläger führte für sein Recht auch die Thatsache an, daß im Jahre 1810 zwischen seinem Rechtsvorfahrer und dem Beklagten (Nachbar) die Uebereinkunft getroffen worden sei, es solle der Kanal auf gemeinschaftliche Kosten hergestellt, unterhalten und das Wasser aus dem Hofe des klägerschen Rechtsverfahrers über den Hof des Beklagten weiter geleitet werden.

Es wurden im Beweisverfahren Zeugen vernommen, und da diese jene Thatsache bestätigten, vom Unterrichter nach dem Begehren erkannt. Das Obergericht erachtet jedoch den Zeugenbeweis aus erheblichen Gründen nicht für vollständig und schlagend genug, und legte dem Kläger den Erfüllungseid in der Form auf:

> „Er solle beschwören, er wisse, daß im Jahre 1810 zwischen seinem Rechtsvorfahrer und dem Beklagten die Uebereinkunft getroffen worden sei, daß das Wasser durch den Hof des Beklagten geleitet werden solle."

Dieser Erfüllungseid ist nicht zulässig.

Regel ist (574):

„Die Zuschiebung des Eides findet nur statt:

1) über eigene Handlungen dessen, dem er zugeschoben wird,
2) über Handlungen seines Rechtsvorfahrers und der-

jenigen Personen, für deren Handlungen man haftet, z. B. Handlungen der Gewalthaber, Handlungen untergebener Personen, Handlungen der Entmündigten vor der Entmündigung.

Zur Erläuterung sagt §. 581 weiter:

„Das Recht zur Zurückschiebung fällt jedoch in Gemäßheit des Satzes 1362 des Landrechts dann weg, wenn die Thatsache, welche der Eid betrifft, beiden Theilen nicht gemeinschaftlich, sondern alleinige Handlung dessen ist, dem er zugeschoben wurde."

Schiebt der Kläger dem beklagten Rechtsnachfolger über eine zwischen dem Kläger und dem Rechtsvorfahrer des Beklagten gemeinschaftliche Handlung den Eid zu in der allein zulässigen Form des Nichtwissens, so wird wohl der Beklagte, der nicht einmal das Nichtwissen beschwören mag, den Eid dem Beklagten als Wahrheitseid zurückschieben können und müssen. Annalen VI. S. 84.

Der Gesetzgeber präsumirt von dem Rechtsnachfolger:

„er werde die Verhältnisse seines Vorfahrers früher oder später kennen zu lernen Gelegenheit gehabt haben,"

und verpflichtet ihn für zur Ausschwörung des Nichtwissens jener Verhältnisse.

Das Nichtwissen zu beschwören ist jedem möglich, der nicht die volle moralische Gewißheit hat, daß sein Vorfahrer die bestrittene Handlung vorgenommen habe.

Eine Verfänglichkeit zu einem wissentlich falschen Eid ist mit dieser negativen Formel nicht verbunden.

Der Vertreter des Vorfahrers erscheint in Bezug auf dessen Rechtsgeschäfte mit ihm als Eine Person, und die Handlung selbst als eine gemeinschaftliche in dem Sinne wenigstens, daß der zurückgeschobene Nichtwissenheitseid nach dem Begriff des Eides vermöge des Causalverhältnisses der handelnden Partei zu der Handlung als Wahrheitseid zurückgeschoben werden muß. Vergl. Annalen.

Der Eid über das Wissen ist kein Eid

Man unterscheide.

1) Es schiebt der beweispflichtige Theil dem Rechtsnachfolger des Gegencontrahenten den Eid zu, oder
2) es schiebt der beweispflichtige Rechtsnachfolger dem Gegencontrahenten zu, oder endlich
3) der Rechtsnachfolger des beweispflichtigen Theils schiebt dem Rechtsnachfolger des Gegencontrahenten den Eid zu

Im ersten Falle kann der dem Rechtsnachfolger zugeschobene Nichtwissenseid dem Deferenten als Wahrheitseid über dessen eigene Handlung zurückgeschoben werden, §. 591 der Prozeßordnung, nicht so im zweiten und dritten Falle.

Der von dem beweispflichtigen Rechtsnachfolger dem Gegencontrahenten über das Nichtwahrsein zugeschobene Haupteid kann als Wahrheitseid nicht zurückgeschoben werden, da die zu beschwörende Handlung keine gemeinschaftliche ist.

Im letzten Falle, wo sich die Rechtsnachfolger beider Contrahenten gegenüberstehen, hat der Delat den Nichtwissenseid auszuschwören; dem Gegner diesen Eid als Wissenseid zurückzuschieben, geht nicht an, dafür spricht:

1) der schon allegirte §. 591, wonach der Delat den ihm zugeschobenen Eid dahin zurückzuschieben das Recht hat, daß der Deferent die Wahrheit des Beweissatzes beschwöre, dessen Nichtwahrsein oder Nichtwissen zu beschwören von ihm verlangt wird.

Der Formel des Nichtwahrseins oder Nichtwissens ist nur die des Wahrseins entgegengesetzt.

2) Diese Vorschrift läßt sich auch allein mit der rechtlichen Wesenheit des Eides und dem Begriffe des Wissens vereinigen.

Wissen ist das Fürwahrhalten aus objektiven Gründen; der Rechtsnachfolger ist in den seltensten Fällen bei der Rechtshandlung seines Vorfahrers selbstthätig, um ihm ein Wissen im wahren Sinne des Worts zutrauen zu dürfen, wenigstens müßten im Laufe der Verhandlungen solche Thatsachen vorgetragen werden, aus welchen man dem Rechtsnachfolger eine genaue Kenntniß der streitigen Verhältnisse zuzumuthen veranlaßt wäre, und wie ließe sich eine solche unzweideutige Kenntniß bei dem Rechtsnachfolger anders annehmen, als wenn dargethan ist, daß er dem Rechtsgeschäfte selbst angewohnt oder wohl selbst dabei als Nebenperson mitgewirkt hat?

Wird der Wissenseid unter andern Verhältnissen zugelassen, so hat der falsche Eid ein neues unzugängliches Asyl!

Derjenige, welcher von seinem Vorfahrer über die streitigen Verhältnisse früher eine bestimmte oder unbestimmte Mittheilung erhalten oder durch Einsicht der Verlassenschaftspapiere sich, wenn auch eine unverbürgte Kenntniß

Digitized by Google

verſchafft hat, an die Wahrheit des ſtreitigen Anſpruchs wohl auch glaubt oder nicht glaubt, ſchwört, er wiſſe, daß ſein Vorfahrer das Rechtsgeſchäft mit dem Gegner geſchloſſen und den Anſpruch zu machen habe ꝛc.

Der Eine wird auf Gerathewohl leichtfertig auf Hörenſagen oder auf eine nichts beweiſende Anmerkung im Hausbuch des Erblaſſers ſein Wiſſen beſchwören, der Andere wird dieſes thun in der einmal gefaßten, wenn gleich durch nichts unterſtützten Meinung, er habe Recht und müſſe Recht haben.

Ich halte ſelbſt da, wo der Schwörende durch unmittelbare Wahrnehmung und eigene Anſchauung Kenntniß von der entſcheidenden Thatſache erlangt hat, den Wiſſenseid für ungeſetzlich.

Denn nur eigene Handlungen ſollen beſchworen werden; eine eidliche Bekräftigung iſt aber immer an ein Bewußtſein — an eine moraliſche Ueberzeugung geknüpft, die der bloße Zuſchauer, dem die Motive der Handlung fremd bleiben, unmöglich haben kann.

Warum, entgegnet man mir wohl, läßt denn das Geſetz den Eid des Nichtwiſſens fremder Handlungen zu? Der Geſetzgeber hat im Fall des §. 574 [2] die rechtloſe Lage des beweispflichtigen Theils im Auge gehabt, und der ausnahmsweiſe adoptirte Unwiſſenheitseid entſpricht auch den allgemeinen Prozeßgrundſätzen.

Hat der Nachfolger durch mündliche Mittheilung ſeines Vorfahrers oder durch Einſicht ſeiner Papiere von dem gegen ihn geltend gemachten Anſpruche Kenntniß erlangt (und von der Möglichkeit einer ſolchen Kenntniß geht der §. 574 [2] aus), ſo iſt derſelbe moraliſch von dem Rechte des Klägers überzeugt, er wäre ſogar juriſtiſch überführt, wenn die Quellen ſeines Wiſſens aktenmäßig geworden wären, die Mittheilung des Vorfahrers oder deſſen ſchriftliche Aufzeichnung der Verbindlichkeit iſt ein Geſtändniß und Geſtändniſſe beweiſen zwar nicht für, wohl aber gegen den, der ſolches ablegt, wie auch eine eigene Scriptur nicht für, wohl aber gegen den, der ſolche verfaßt hat, beweiſt.

Ein Rechtsnachfolger dagegen, der von ſeinem Vorfahrer über ein Recht des letztern gegen einen Dritten eine Mittheilung erhielt, oder eine Aufzeichnung in den Büchern findet, beſitzt noch keine erhebliche Beweiſe, auf welche er zum Beſchwören des Wiſſens (welches den Wahrheitseid vertritt) zuzulaſſen wäre.

Bemerkenswerth ſcheint mir folgende Eidesformel zu ſein:

Der Beklagte behauptet, das eingeklagte Gleichſtellungsgeld dem Kläger durch ſeinen Vater, der das Geld dem Kläger überbracht habe, bezahlt zu haben; er producirt eine Quittung, die den Namen des Zählers und die Bezeichnung der getilgten Verbindlichkeit nicht enthält und hierauf erging der Beſcheid:

„Es habe der Beklagte zu beſchwören:

„Er wiſſe, daß ſein Vater dem Kläger das eingeklagte Gleichſtellungsgeld von ihm überbracht und bezahlt habe."

Nur der adeitirte Zähler könnte den Wahrheitseid *), nie aber der Beklagte die ihm fremde Thatſache der Ablieferung des Geldes an den Kläger beſchwören. Schmidt.

II.

Bemerkungen über die Nothwendigkeit und die Art und Weiſe der Abänderung der beſtehenden Geſetzgebung, rückſichtlich der Fleiſchacciſe.

Wem je ſeine Dienſtpflicht das unangenehme Geſchäft der Thätigung der Fleiſchacciſefrevel in einer größern Stadt zur Aufgabe gemacht hat, dem kann es nicht entgangen ſein, daß die beſtehenden geſetzlichen Beſtimmungen über die Fleiſchacciſe weder die Beitreibung der Acciſe gehörig ſichern, noch ſich mit den geſundheitspolizeilichen Rückſichten, welche man auf die Fleiſch-Conſumenten zu nehmen hat, vereinigen laſſen, noch ſich mit den billigen Anſprüchen der Metzger auf Ruhe in ihren Behauſungen vertragen.

Möchte es den folgenden Bemerkungen gelingen, dieſen wichtigen Gegenſtand neuerdings in Anregung zu bringen.

Durch das Geſetz vom 26. Mai 1835, Regierungsblatt Nr. XXIII, wurde die Veracciſung des Schlachtviehs nach der Stückzahl eingeführt, ſo daß die Abgabe von einem Ochſen 6 fl. 25 kr., von einem Rind, einem Farren, oder einer Kuh 2 fl. 20 kr. und von einem Kalb 30 kr. beträgt.

Eine Controle über das eingeführt werdende Vieh

*) Das Geſetz (§. 574 d. P.O.) kennt in Bezug auf die Art der Ueberzeugung, die der Schwörende von der Thatſache hat, nur zwei Arten der Eide: den Wahrheits- (oder Nichtwahrheits-) Eid und den Nichtwiſſens-Eid. Einen Wiſſens-Eid im Gegenſatze vom Wahrheits-Eide giebt es nicht. Die Behauptung des Wiſſens in in Bezug auf fremde Handlungen enthält nur eine Vermuthung, eine ſolche poſitive eidliche Behauptung darf daher auch nur bei eignen Handlungen gefordert werden, und wer hier weiß, muß ſchwören, daß die Thatſache wahr oder daß ſie nicht wahr ſei. D. Red.

besteht in den meisten Städten des Landes nicht, und es hat mithin auch das Steuerpersonal keine auch nur einigermaßen höhere Grundlage zur Controlirung der Metzger; deren gewöhnlicher Bedarf ist die einzige, höchst unsichere Richtschnur.

Während der Privatvortheil der Metzger bei dieser Art der Veraccisung dahin führt, das von ihnen geschlachtet werdende Vieh möglichst zu verheimlichen, auch die Accise zu ersparen, fordert die wichtigste Pflicht des Staats, die Sorge für die Gesundheit seiner Mitglieder, daß heimliche Schlachtungen nicht stattfinden, vielmehr jedes zum Genusse für Menschen bestimmte Stück Schlachtvieh vor der Abgabe des Fleisches an die Consumenten durch einen Sachverständigen besichtigt und begutachtet werde.

Durch die jetzt bestehende Erhebungsart der Accise wird die eben erwähnte gesundheitspolizeiliche Maßregel sehr gefährdet.

Man wird hiergegen einwenden, daß das Institut der öffentlichen Schlachthäuser, in denen alles große Vieh geschlachtet werden müsse, und die dem Steuerpersonal durch Artikel 6 der höchsten Verordnung vom 10. December 1835, Regierungsblatt Nr. LXIII, ertheilte Ermächtigung, die Metzigen und die angränzenden Hofräume, Scheuern und Stallungen der Metzger bei Tag — jederzeit und sonst, so lange die Metzig für die Fleischkäufer geöffnet ist, zu untersuchen, bei Nacht aber bei dringendem Verdacht und unter Anordnung und Leitung der Ortspolizeibehörde, die heimlichen Schlachtungen fast unmöglich mache.

Die Erfahrung hat das Gegentheil gelehrt. Es ist nichts Seltenes, daß gerade reiche Metzger die größten Defraudanten sind, und daß die Unterschlagung der Accise, wenn auch nicht für etwas Lobenswerthes, doch nicht für ein Vergehen, das den guten Namen gefährdet, gehalten wird.

Reiche Metzger sind im Stande, in ihren Behausungen förmliche Schlachtlokale für jede Art von Schlachtvieh einzurichten, und sie machen hiervon nur allzu häufig Gebrauch und wissen diese Lokale so zu verschanzen, daß sie zu der Zeit, wo es gilt, nur mittelst eines wirklichen Sturmes eingenommen werden könnten. Dabei sind sie mit unerforschlichen Aufbewahrungsorten für ihr Fleisch versehen und besitzen eine solche Gewandtheit in der Beseitigung des Fleisches, daß die erstaunten Steueraufseher, wenn sie endlich in das ersehnte Schlachtlokal eingedrungen sind, in dem vor Kurzem noch die Schlachtung eines Ochsen in vollem Gange war, auch keine Spur hiervon mehr zu finden vermögen, und angeführt, beschimpft und mit einer Anzeige wegen Mißbrauchs ihrer Dienstgewalt bedroht, dastehen. Ja nicht einmal der Besitz eines solchen, für großes Schlachtvieh eingerichteten Schlachtlokals liefert eine erhebliche Inzicht gegen die Metzger, da es ihnen in der Regel gestattet ist, Schweine und Kälber in ihren Behausungen zu schlachten, und sie diese Einrichtungen daher als zu derartigen Schlachtungen bestimmt bezeichnen.

Die oben erwähnte Ermächtigung des Steuerpersonals zu Visitationen in den Behausungen der Metzger selbst zur Nachtzeit scheint auf den ersten Anblick eine sehr wirksame Maßregel gegen die Defraudationen zu sein, allein sie hat sich als solche in der Praxis nicht bewährt.

Die Metzger wissen sie dadurch zu paralisiren, daß sie der Aufforderung des Steuerpersonals, zur Nachtzeit ihre Behausungen zu öffnen, kein Gehör geben. Leitet man deßhalb wegen Widerspenstigkeit eine polizeiliche Untersuchung gegen sie ein, so behaupten sie, von der Aufforderung des Steuerpersonals nichts gehört zu haben, weil sie wahrscheinlich geschlafen hätten. War die Aufforderung so nachdrücklich, daß die ganze Nachbarschaft dadurch aufgeschreckt wurde und es ist dadurch der Beweis geliefert, daß der widerspenstige Metzger Kenntniß davon erhalten haben mußte, oder läßt sich dieses auf andere Weise constatiren, so kann er in eine Polizeistrafe von 5 bis 15 fl. verfällt werden.

> Erlaß des Großherzoglichen Ministeriums des Innern vom 2. April 1839 Nr. 2740, das Nichtöffnen der Bierbrauereien bei beabsichtigten Visitationen durch die Steueraufseher betreffend.

Diese milde Strafe ist unwirksam, zumal da der Defraudant der Accise für einen Ochsen einen nicht unbedeutenden Geldbetrag erspart, wenn er sich auf diese Weise polizeilich bestrafen läßt, was noch in erhöhtem Maße der Fall ist, wenn schon Straferkenntnisse gegen ihn ergangen sind und also ein Rückfall vorliegt.

Die gegenwärtige Erhebungsart der Fleischaccise hat noch ferner den nicht unbedeutenden Mißstand in ihrem Gefolge, daß sie eine große Anzahl von Steueraufsehern nothwendig macht, deren Gehalte einen beträchtlichen Theil der Einnahme hinwegnehmen.

Digitized by Google

Aus dem Gesagten dürfte zur Genüge hervorgehen, daß eine Abänderung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften über die Fleischaccise ein dringendes Bedürfniß sei.

Auf zwei Wegen scheint mir geholfen werden zu können: entweder mittelst (sehr bedenklicher) Anordnung der strengsten Controlmaßregeln oder mittelst Einführung eines Accise-Aversums.

Die sicherste, einfachste und wohlfeilste Abhülfe dürfte die Einführung eines Aversums gewähren. Dieses Aversum müßte aber für jeden einzelnen Metzger von der Staatsbehörde besonders bestimmt und durch sie von ihm erhoben werden, da sich die früher bestandene Einrichtung, wornach für alle Metzger zusammen ein Aversum festgesetzt und der Zunft überlassen war, eine Repartition auf ihre einzelnen Glieder zu treffen, wodurch Streitigkeiten über Streitigkeiten entstanden, durchaus nicht bewährt hat.

Die Bestimmung des Betrags des Aversums für jeden einzelnen Metzger kann keine großen Schwierigkeiten darbieten, da der Steuerbehörde bekannt ist, wie hoch sich der Verbrauch eines jeden Metzgers im Durchschnitt beläuft und dieser Verbrauch als Grundlage des Aversums anzunehmen wäre. Eine etwaige Erhöhung des Aversums könnte auf gleiche Weise, wie bei der Gewerbsteuer, bewerkstelligt werden, und etwaige Remonstrationen ließen sich auf gleiche Weise, wie dort, erledigen.

Vielleicht wäre die Eintheilung der Metzger in Klassen und die Regulirung des Aversums nach diesen Klassen anwendbar.

Diese Erhebungsweise gewährte in jedem Falle den Vortheil einer nicht wohl zu gefährdenden Beitreibung der Accise, würde die heimlichen Schlachtungen, als zwecklos und unbequem, aufheben, ließe eine bedeutende Verminderung des Aufsichtspersonals zu, verminderte sehr die Geschäfte der Steuerbehörden, da sie von den Untersuchungen wegen Defraudationen befreit würden, und man wird auch wohl behaupten können, daß der reine Ertrag der Accise, wenn auch nicht höher als jetzt steigen, doch nicht weniger betragen würde.

Brächte man hiermit die weitere Anordnung in Verbindung, daß auch Schweine und Kälber in Städten, in welchen öffentliche Schlachthäuser bestehen, in diesen Schlachthäusern geschlachtet werden müßten, was füglich geschehen kann, und setzte man fest, daß kein Metzger in Städten, wo öffentliche Schlachthäuser vorhanden sind, in seiner Behausung ein Schlachtlokal haben und dort schlachten dürfe, widrigenfalls er einer (hoch anzusetzenden und bei Rückfällen steigenden) Geldstrafe unterläge, so wäre das Publikum zugleich davor hinlänglich gesichert, daß ihm nicht schädliches Fleisch verkauft wird.

Die Gebühren des Fleischbeschauers (der ein Thierarzt sein sollte) würden wohl ebenfalls am zweckmäßigsten in einem Aversalbetrag bezahlt, welcher dem Aversum der Metzger beizurechnen wäre, so daß auch die Ersparung der Beschaugebühr keinen Grund zu einer heimlichen Schlachtung abgeben könnte.

Fr. Schenkh.

III.

Ueber den Devolutiveffekt des Recurses in gerichtlichen Strafsachen.

In Nr. 2. der Annalen l. J. ist unter anderem deducirt worden: daß der oberste Gerichtshof eine von dem Hofgericht abgeurtheilte Strafsache nicht zum Erkenntniß an das Untersuchungsgericht, als in erster Instanz dorthin gehörig, zurückweisen darf, so fern nur das in Frage stehende Vergehen gerichtlich strafbar ist.

Wie sehr diese aus der Natur des Recurses geschöpfte Ansicht der allmäligen Entwicklung unserer particularrechtlichen Vorschriften entspreche, soll hier noch besonders nachgewiesen werden.

Ursprünglich fand der Recurs ans Oberhofgericht nur dann Statt, wenn auf Todesstrafe, Deportation *) oder Dienstentsetzung erkannt war, oder, wenn in anderen Strafsachen, welche mehr als bürgerlicher Arrest auf sich trugen, der Verurtheilte ausführen wollte, daß er völlig unschuldig oder ganz straflos sei **). I. Organ. Edict vom 4. Februar 1803 und Regierungsblatt von 1804, Nr. 36. S. 167.

*) Diese Strafart steht seit 1803 bloß als Staffage da, weil sie wegen Mangels einer Gelegenheit nicht zur Anwendung gebracht werden kann. D. E.

**) Es konnte sonach unter dem Vorwand der gänzlichen Schuld- oder Straflosigkeit jeder Verurtheilte recurriren, wenn er sich für den Unterliegungsfall einer Strafschärfung exponiren wollte. Vergl. §. 21 des Strafedikts. D. E.

Der §. 21 des 8. Organisations-Edicts vom 4. April 1803 führte dieses Rechtsmittel auch noch gegen die Verurtheilung zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe ein. Allein schon das Edikt vom 6. Mai 1807 (Regierungs-Blatt Nr. 16.) beschränkte den Recurs auf die drei Fälle, wo die Todesstrafe oder die gänzliche Dienstunfähigkeit (nicht bloß Verlust des Dienstes) erkannt oder wo der Verurtheilte willens war, seine gänzliche Unschuld auszuführen. In Ansehung der letzten zwei Fälle hat die Organisation von 1809 nichts geändert.

Was hingegen die Todesstrafe, die lebenslängliche Zuchthausstrafe und die Deportation betrifft, so ward die Erkennung derselben dem Oberhofgerichte in erster Instanz zugewiesen, wodurch der Recurs zum Recht in so weit von selbst hinwegfiel. Reg.Bl. von 1809 Nr. 52. S. 466. In Bezug auf diese Vorschriften des Verfahrens ist die mehr als zehnjährige Zuchthausstrafe der lebenslänglichen gleich gestellt worden.

Rescript des Justizministeriums v. 21. November 1809 Nr. 4022. Rescript des Staatsministeriums v. 9. August 1821 Nr. 1996.

Auch erstreckt sich die Bestimmung der Organisation von 1809 Beilage litt. E. Reg.Bl. S. 466, Nr. 15 nicht bloß auf die drei, sondern auf die vier ersten Fälle, worunter die Dienstunwürdigkeitserklärung mit begriffen ist. Rescript des Justizministeriums vom 24ten Januar 1810, Nr. 218.

Fand übrigens das Oberhofgericht im gegebenen Fall keine dieser Strafen angemessen, so hatte es den Angeschuldigten zu einer zeitlichen willkürlichen Zuchthausstrafe zu verurtheilen und die Sache zur Bestimmung der Dauer an das Hofgericht zu verweisen. Erläuterung vom 14. Februar 1810, Reg.Bl. Nr. 8.

Durch diese Remmission wurde das Hofgericht in die Nothwendigkeit versetzt, gegen die früher ausgesprochene Ueberzeugung zu judiciren. Für den Inquisiten gieng daraus der Nachtheil hervor, daß er von dem Hofgerichte, vermöge seiner strengeren Ansicht in der Regel härter bestraft werden mochte, als ihn das Oberhofgericht nach seiner gelinderen Meinung gestraft haben würde.

Diese aus einer allzu ängstlichen Abgränzung der nun einmal so bestimmten Competenz hervorgegangene Anordnung mußte späterhin den von der Erfahrung dictirten Rücksichten der Zweckmäßigkeit weichen, indem unterm 19. Juni 1818 (Reg.Bl. Nr. 14.) verordnet ward, daß der oberste Gerichtshof, wenn er keine der obengedachten Strafen für angemessen erachtet, die zeitliche Zuchthausstrafe selbst ermessen, dann das Urtheil fällen, und die Sache nicht mehr zur Bestimmung des Strafmaßes an das Mittelgericht abgeben soll. Hiermit war also dem Oberhofgericht die Zurückweisung in den ihm von den Hofgerichten zur Entscheidung vorgelegten Sachen selbst für den Fall untersagt, wenn es seine Strafcompetenz nicht für begründet hielt. Diese Vorschrift paßt nun auch, wenigstens analog, auf die Recurse gegen hofgerichtliche Urtheile.

Dagegen sollte nach der Erläuterung Nr. 25. zum §. 18. des Strafedicts (vom 20. Juni 1810) das Oberhofgericht, wenn neben den zu seiner Aburtheilung erwachsener Verbrechen auch bürgerliche Vergehen zur Sprache kamen, über letztere gar nicht erkennen, sondern das Erkenntniß darüber an den ordentlichen urtheilenden Richter verweisen.

Dieser Fall konnte jedoch in Folge der früheren Erläuterung vom 14. Februar 1810 nicht mehr eintreten, weil hiernach das Hofgericht über die geringeren Vergehen, welche allein seiner Erledigung überlassen waren, selbst das Urtheil geben und die erkannte Strafe, falls sie nicht erst der Bestätigung des Justizministeriums bedurfte, sofort vollstrecken mußte, ohne das oberhofgerichtliche Urtheil über die schwereren Verbrechen abzuwarten. *)

Die Anomalie, kraft welcher das oberste Gericht als erste und einzige Instanz die schwersten Verbrechen abzuurtheilen hatte, sollte demnach strengstens auf ihren Gegenstand beschränkt und nicht auf geringere Verbrechen oder Vergehen ausgedehnt werden.

Von dieser Einrichtung wesentlich verschieden ist die

*) Hatte z. B. Jemand einen dritten Diebstahl und einen Mord begangen, so mußte von dem Hofgericht wegen des ersteren eine zweijährige Zuchthausstrafe erkannt und der Angeschuldigte zu deren Erstehung einstweilen ins Zuchthaus gebracht werden, bis das oberhofgerichtliche Todesurtheil wegen des Mords zum Vollzug einlangte. Dem Grundsatz: poena major absorbet minorem — war hiebei keine Rechnung getragen, obgleich der §. 97 des Strafedikts bestimmt: Wenn Jemand wegen mehrerer verschiedenartiger peinlicher Verbrechen vor Gericht steht, wovon eines schon Todesstrafe oder lebenslängliche Einkerkerung nach sich zieht, so wird dadurch alsdann alle andere Strafe verschlungen. D. E.

jetzige Stellung des obersten Gerichtshofs als Recursinstanz. In dieser Hinsicht wird die oberhofgerichtliche Competenz durch die hofgerichtliche bestimmt. Das Oberhofgericht hat jetzt über den gegen ein hofgerichtliches Urtheil erster Instanz ergriffenen Recurs, dessen Gegenstand jedenfalls eine gerichtlich strafwürdige Handlung sein muß, in der Sache selbst als zweite und letzte Instanz zu entscheiden. Wie wenig dermalen noch eine oberhofgerichtliche Remmissoria zulässig ist, erhellt am klarsten aus der Rechtsbelehrung vom 21. August 1813 Regierungsblatt Nr. 26. Legt nämlich ein Amt wegen Zweifelhaftigkeit des Strafmaßes die Akten dem Hofgericht zur Aburtheilung vor, so ist letzteres hiezu selbst dann verpflichtet, wenn nach seinem Ermessen auch nur eine die amtliche Competenz nicht übersteigende Strafe zu erkennen sein sollte. Hier ist dem Mittelgericht nicht erlaubt, die Sache an das Amt zurückzuweisen und diesem dadurch ein gegen seine Ueberzeugung anstoßendes Erkenntniß zur Obliegenheit zu machen. *)

Hat nun das Hofgericht in einem solchen Falle als erste Instanz entschieden, so wäre es sehr mißlich, wenn gleich wohl das Oberhofgericht unter Aufhebung oder Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils aussprechen dürfte: es sei kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden, vielmehr die Aburtheilung der Sache dem Amte, als dorthin gehörig, zu überlassen.

Von besonderem Interesse für unseren Gegenstand sind noch die Vorschriften, welche der Entwurf einer Badischen Strafprozeßordnung von 1835 enthält.

§. 432. Ist in den als rechtlich gewiß befundenen Thatsachen zwar nicht das Verbrechen, auf welches die Anklage geht, wohl aber ein anderes geringeres Verbrechen oder ein Vergehen enthalten, so spricht das Erkenntniß neben der Lossprechung von der Anklage des Erstern zugleich die Verurtheilung wegen des Letztern aus.

§. 433. Dieß tritt auch dann ein, wenn der geringere Straffall an und für sich zum Kreise der Zuständigkeit des Bezirksgerichts oder des Amtsrichters gehört. Nur wenn sich die Handlung als bloße Uebertretung einer polizeilichen Vorschrift darstellt, wird die Sache an die zuständige Polizeibehörde gewiesen.

Aehnliche Bestimmungen kommen auch in dem Art. 192 230 u. 365. des Code d'instr. criminelle vor.

Bayer.

IV.

Die persönliche Haft in Straffachen betreffend.

In No. 59 und 60 der Landtagszeitung, S. 229, ist ein grausenhaftes Bild von der Dauer der Criminalprozesse und Verhaftungen in Deutschland entworfen. In so fern damit zugleich auf Baden angespielt sein soll, sind die Farben viel zu grell aufgetragen. Obschon weit entfernt, unserem gegenwärtigen Strafverfahren eine Lobrede halten zu wollen, finde ich es doch am Platze, dem angeregten Gegenstande im Interesse der Wahrheit eine kurze Betrachtung zu widmen.

Niemand kann anders als in gesetzlicher Form verhaftet und länger als zweimal 24 Stunden im Gefängniß festgehalten werden, ohne über den Grund seiner Verhaftung vernommen zu sein. Von jeher haben die Obergerichte streng auf die Beobachtung dieser heilsamen Vorschrift unserer Verfassungsurkunde gehalten.

Um aber willkührlichen oder unnöthigen Verhaftungen möglichst vorzubeugen, ist vom Ministerium des Innern im Einverständniß mit dem obersten Justizdepartement, am 21. Juli 1823, No. 9668, folgende Generalverfügung in scriptis erlassen worden:

1) Wegen aller mit peinlicher Strafe bedrohten Verbrechen oder Vergehen findet unbedingt Verhaftung statt; sie kann jedoch bis auf höhere richterliche Anordnung ausgesetzt bleiben, falls es den untersuchenden Beamten an hinreichendem Verdacht zu fehlen scheint, oder mindere Strenge durch sonstige Verhältnisse gerechtfertigt wird.

2) Die wegen bürgerlicher, d. h. mit bürgerlicher Strafe bedrohten Vergehen Angeklagten sind mehr nur ausnahmsweise zu verhaften, hauptsächlich bei wirklicher Gefahr

*) Ein Anderes ist es, wenn die Aemter in den ihrer Aburtheilung unterliegenden Straffachen die Acten zur Entscheidung an das Hofgericht einsenden, ohne ihre Competenz in Ansehung des Strafmaßes zu bezweifeln; denn in solchen Fällen weist das Hofgericht die Sache mit dem Bemerken zurück daß kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden sei. Vergleiche Reskript des Großherzoglichen Justizministeriums vom 17. August 1827, Nr. 3854.

Dies verfügt das Hofgericht mehr in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Aemter. O.G.O. §. 4, 5 und 250. Auch handelt es sich hier von keinem Recurs. D. E.

der Flucht oder wenn eine die Untersuchung wesentlich erschwerende Collusion zu befürchten ist.

3) Kein polizeilicher Vergehen halber ist jede Verhaftung regelmäßig unerlaubt, es wäre denn, daß sich Ausländer dergleichen mit Freiheitsstrafen bedrohte Vergehen hätten zu Schulden kommen lassen, oder daß die Maßregel durch die Nothwendigkeit, die öffentliche Ruhe wieder herzustellen, geboten sei.

4) Im Allgemeinen haben die Bezirksstellen auf möglichst schnelle Beendigung der gegen Verhaftete eingeleiteten Untersuchungen bedacht zu sein, und werden besonders für solche Zögerungen verantwortlich gemacht, welche eine Verlängerung der Haft über die auf das Vergehen gesetzte Freiheitsstrafe zur Folge haben.

Die Verantwortlichkeit besteht neben den Folgen, welche den pflichtvergessenen Beamten edictmäßig treffen, nach einer früheren Entschließung des Staatsministeriums vom 8. Oktober 1819, No. 3362, namentlich darin, daß ihm die durch seine schuldhafte Zögerung verursachten Kosten zum Ersatz heimgewiesen werden.

Es hat überdieß das Justizministerium unterm 11. Januar 1831, No. 139, noch weiter vorgeschrieben, daß Inquisiten, welche der Flucht nicht verdächtig sind, gleich nach geschlossener Untersuchung oder schon während derselben, wenn dieß ohne Nachtheil geschehen kann, entlassen werden sollen, um keine unnöthigen Kosten zu veranlassen und die Beschuldigten nicht ohne Noth länger, als der Zweck erfordert, gefangen zu halten. — Damit sich aber die Aemter nicht über diese Vorschriften gleichgültig hinwegsetzen, sind sie unter eine strenge Controle der Obergerichte gestellt, indem sie nicht nur alle schwereren Verbrechen, als da sind Hochverrath, Aufruhr, Mordbrand (Brandstiftung), Todtschlag, gefährliche Verwundung, Nothzucht, Raub, gewaltsamer und gefährlicher Diebstahl, Untreue der Staatsverrechner, Prävarikation der Anwälte, Münzfälschung, Concussion und Rechtsfeilschaft, ausgezeichnete Fälschung oder Betrug, sogleich nach eingeleiteter Untersuchung zur Voranzeige bringen, sondern auch quartaliter Tabellen einsenden müssen, aus welchen der Stand einer jeden Untersuchung, der Tag des Verhafts eines Angeschuldigten u. s. w. zu ersehen ist. Das Obergericht fordert während des Laufs der Untersuchungen in diesem oder jenem Betreff beliebig die Akten ein, oder läßt sich Bericht erstatten und wirkt durch Erinnerungen, Strafandrohungen ꝛc. auf Beschleunigung hin. v. Jagemann, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, I. Bd., S. 386. Hält das Amt beim Schluß der Untersuchung dafür, daß der Verhaft fortzudauern habe, so ist es gehalten, im Einsendungsberichte seine Ansicht kurz zu motiviren. Nach Einkunft der geschlossenen Untersuchungsakten muß das Hofgericht unverzüglich entscheiden, ob der Verhaft bis zur Aburtheilung fortzudauern habe oder nicht. Im letzteren Falle tritt die Freilassung sogleich ein. Erfolgt im ersten Falle ein lossprechendes Erkenntniß und hat der Staatsanwalt vor dessen Eröffnung an den Angeschuldigten den Recurs hiergegen angezeigt, so bleibt die Freilassung ausgesetzt, bis entweder von dem Staatsanwalt auf den Recurs verzichtet oder dieselbe vom Oberhofgericht angeordnet ist.

In der Regel erklärt der Staatsanwalt sogleich nach gefälltem Urtheil, ob er recurriren wolle oder nicht. Erfolgt ein verurtheilendes Erkenntniß, so kann gleichwohl das Hofgericht, wenn der Angeschuldigte oder der Staatsanwalt den Recurs angezeigt hat, nach Beschaffenheit der erkannten Strafe und der persönlichen Verhältnisse des Angeschuldigten die Freilassung verfügen, jedoch nur unter Zustimmung des Staatsanwalts.

Auch in Recursfällen muß das Hofgericht, so wie das Oberhofgericht nach Einkunft der Akten unverzüglich entscheiden, ob die Verhaftung des Angeschuldigten bis zur endlichen Aburtheilung fortzudauern habe oder nicht. Im letzteren Falle ordnet es sofort die Freilassung des Angeschuldigten an. Gesetz vom 3. August 1837. §. 13.

Daß diese Vorschriften von den Gerichten auch wirklich befolgt werden, ist meines Wissens mit Grund noch nicht bezweifelt worden.

Schon bei einer anderen Gelegenheit habe ich die Notorietät zum Zeugen aufgerufen, daß bei uns der Verhaft in der Regel nicht länger dauert, als er wegen zu besorgender Flucht oder Collusion, oder wegen der Schwere des Verbrechens und der darauf gesetzten Strafe nothwendig ist. v. Jagemann a. a. O. II. Bd. S. 188. Ich fürchte nicht, Lügen gestraft zu werden.

Wenn ich im Uebrigen aus vollster Ueberzeugung anerkenne, daß unser geheimer schriftlicher Inquisitionsprozeß hinter den großen Vorzügen des öffentlichen mündlichen Anklageverfahrens unendlich weit zurückbleibt, so glaube ich dennoch, daß die Untersuchung des Frankfurter Aprilattentats in England oder Frankreich ebenfalls Jahre lang gedauert haben würde.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 10. September 1842.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Rechtsfall.

Baumann in Gengenbach gegen Jos. Schimpfs Erben, wegen eines Erbvergleichs.

Die Walburga Stiegeler zu Gengenbach, welche aus einer ersten Ehe ein jetzt noch lebendes Kind, Franziska Schmidt, hatte, verheirathete sich am 25. Oktober 1788 wieder mit Johann Schimpf daselbst, wobei zwischen den Kindern erster Ehe und den aus der neuen Ehe zu erwartenden Kindern eine Einkindschaft errichtet wurde. Aus der zweiten Ehe gingen drei Kinder hervor: Xaver Schimpf, Walburga Schimpf (Ehefrau des M. R. Kimberger) und Luitgarde Schimpf. Am 26. Februar 1826 starb die Walburga Stiegeler. Der Wittwer Johann Schimpf, welcher den vorhandenen vier Kindern, Franziska, Xaver, Walburga und Luitgarde, das mütterliche Erbe herauszugeben hatte, traf mit denselben eine Vereinbarung, die der Gegenstand des oben bezeichneten Rechtsstreites geworden ist.

Nach eingekommenen Erklärungen aller vier bereits volljährig gewesenen Kinder wurde die Obsignation und Inventur umgangen.

Später am 5. Juni 1826 erschien die Tochter Walburga Schimpf mit ihrem Ehemann M. R. Kimberger vor dem Amtsrevisorat und erklärte Folgendes:

„Ich habe bereits mit der Genehmigung meines Ehegatten bei dem am 27. Februar 1826 erfolgten Absterben meiner seligen Mutter auf die Vornahme einer gerichtlichen Obsignation Verzicht geleistet.

„Ich bekräftige gegenwärtig diese Verzichtleistung wiederholt, so wie solche in jener Verhandlung ausgedrückt ist, und erkläre weiter mit der Genehmigung meines Ehegatten, daß ich auf die Aufstellung der mütterlichen Inventur und Vermögensabtheilung förmlich verzichte, das gesammte Vermögen, das es mir von meiner seel. Mutter treffen wird, im unabgetheilten und gemeinschaftlichen Besitz meines Vaters Johannes Schimpf dergestalt demselben überlasse, daß er solches so lange ohne Inventur im Besitz und Genuß behalten soll, als es ihm gefällig sein wird.

„Sollte auch von anderen meinrr Geschwister eine mütterliche Inventur oder Abtheilung verlangt werden, so nehme ich keinen Theil daran, berufe mich lediglich auf diese meine Erklärung, wo alsdenn immer mein Vater meine Stelle vertreten soll, und behalten wird.

„Im Falle bei dem Eintritt einer Inventur eine gerichtliche Taration der Liegenschaften auf Verlangen anderer meiner Geschwister erfolgen sollte, so erkläre ich für mich verbindlich, daß ich, weil ich an einer gerichtlichen Inventur keinen Antheil nehme, denjenigen Anschlag, welchen mein Vater den Liegenschaften beigelegt hat, so wie die weitere von ihm beabsichtigte Ueberlassung und und Abgabe an meinen Beuder Xaver Schimpf um genannten Anschlag genehmige, und bestätige, somit mit allem Demjenigen einverstanden und zufrieden bin, was mein Vater in dieser Erbschaftssache vorkehren und thun wird.

„Bereits ist nach geschehener mündlicher Unterredung die väterliche Absicht, dem Sohne Xaver 26 Jauch. theils Aecker theils Matten, im Durchschnitt das Jauch. zu 400 fl. angeschlagen, aus der gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse abzutreten, wovon mir ad ein Viertel -- 2600 fl. zustehen.

„Wie schon gesagt, verlange ich nur die Absicht meines Vaters stets zu ehren und deßwegen genehmige ich die Ueberlassung obiger Liegenschaften, in verschiedenen Item bestehend, meinem Bruder Xaver für die Summe von 10,400 fl. und bin mit dem baaren Empfang meines Antheils im Betrage von 2600 fl. vollkommen einverstanden und zufrieden.

„Schließlich bemerke ich noch, daß ich in Gemeinschaft meines Ehegatten, theils während den Lebzeiten meiner Mutter und theils auch seit ihrem Tode eine väterliche Anhülfe von 13,521 fl. 51 kr. in verschiedenen Posten oder Summen empfangen habe, worüber mein Vater unterm 31. vorigen Monats eine Hauptbescheinigung, von mir und meinem Gatten unterschrieben, ausgestellt erhalten hat.

„In Berücksichtigung dieser Anhülfe finde ich mich um so mehr zu obiger Erklärung, wodurch ich auf die mütterliche Inventur und Abtheilung förmlich verzichte, verpflichtet, als ich die ehrende Absicht meines Vaters, dessen väterliche Sorge für alle seine Kinder, die er mit gleicher väterlicher Liebe umgiebt, erkenne und im Vertrauen auf dessen Rechtlichkeit und begründete Sorge — auch ohne Alles thun kann, und dadurch kaum das kindliche Zutrauen zu erkennen gebe, das ich für meinen Vater fühle und ihm zur schuldigen Verehrung auszusprechen verbunden bin.

„Mögen nun alle meine Geschwister gleiche Meinung mit mir theilen und dadurch sich des väterlichen Zutrauens und der ferneren Sorge wie bisher würdig machen, deren wir uns schon lange in so dankbarem Maße genießen und erfreuen."

Sogleich Tags darauf den 6. Juni 1826 erschien auch die Luitgarde Schimpf, verwittwete Hansjakob mit ihrem Bruder Xaver Schimpf, der zugleich als ihr Beistand verpflichtet war; beide erklärten zu Protokoll:

„Wir beide theilen mit unserer Schwester Waldburga rücksichtlich der mütterlichen Inventur gleiche Gesinnung und verzichten also auf die Fertigung einer gerichtlichen Inventur und überlassen unserm Vater Johannes Schimpf das sämmtlich vorhandene und anerfallene mütterliche Vermögen dergestalt zur beliebigen Verwaltung und Benützung, daß wir die bisher erhaltene elterliche Anhülfe und die von unserm Vater zur Zeit vorhabende und beabsichtigte, von ihm selbst gefertigte Gleichstellung unter allen seinen Kindern und die damit verbundene Ausfolgung weitern Vermögens bis zur völligen Gleichstellung aller seiner Kinder als richtig anerkennen, und dieses für das uns zugefallene mütterliche Vermögen betrachten. Alles übrig weiter vorhandene Vermögen solle derselbe ohne Inventur im unabgetheilten Besitz und Verwaltung, so lange es ihm gefällig sein wird, behalten, und damit zu schalten und zu verfügen berechtigt und befugt sein, da wir überzeugt sind, daß dessen väterliche Sorge und Absicht für alle seine Kinder gleich und gut gerichtet — wir demselben ebendeßwegen auch in dankbarer Anerkennung seiner guten Sorge durch diese unsere Erklärung unser vollkommenes Zutrauen versichern, und die wohlverdiente Achtung aussprechen, somit alle dessen Vorhaben und Bestimmungen im Einzelnen und Ganzen vollkommen genehmigen und beipflichten, und durchaus auf eine aufzustellende Inventur Verzicht leisten, und dem Vater, so lange es ihm gefällig ist, (Alles) die ganze Masse überlassen und die empfangene Anhülfe als das uns Gebührende betrachten, und damit zufrieden sind.

„Insbesondere erklärt hierauf die Schwester Luitgarde Schimpf, daß sie auch mit der Liegenschaftsabtretung vom Vater an ihren Bruder Xaver, welche in Aecker und Matten zusammen in ungefähr 26 Jauch. bestehend, um den Anschlag zu 400 fl. pr. Jauch. im Durschschnitt, um die Summe von 10,400 fl. vollkommmen zufrieden seie und für ihren vierten Antheil den Geldbetrag nach dem Anschlag mit 2600 fl. annehme.

„Durch den Empfang dieser 2600 fl. werde sie für ihre Ansprüche vollkommen befriediget und stehe somit gänzlich gegen Empfang dieser Zahlung von den Natural-Ansprüchen ab."

Am 21. Juni 1826 heirathete die Luitgarde Schimpf, verwittwete Hansjakob, den Theilungs-Commissair Baumann, welcher sofort am 24. des nämlichen Monats ebenfalls vor dem Amtsrevisorate erschien und als ehelicher Beistand der Luitgarde nachträglich Folgendes zu Protokoll gab:

„Meine gegenwärtige Ehefrau Luitgarde Schimpf hat früher vor ihrer Verehelichung mit mir in Betreff ihres ihr angefallenen Vermögens in Gemeinschaft ihres Bruders, des Xaver Schimpf, welcher für dieselbe früher schon als Beistand verpflichtet worden ist, die Erklärung abgegeben, daß sie auf eine gerichtliche Inventurstellung verzichte und mit der Liegenschaftsabtretung vom Vater

an den Sohn für die Summe von 10,400 fl. zufrieden seie. Weil dieselbe damalen durch ihren Bruder Xaver als deren Beistand berathen war, der in dieser Erbschaftssache und insbesondere wegen Uebernahme der Liegenschaften gegen das Interesse derselben betheiligt ist, so erkläre und bestätige ich ihre Erklärung vom 6. Juni dem ganzen Inhalt nach, verzichte auf die Aufstellung einer Inventur, betrachte das vom Vater ausgefolgte Vermögen als das mütterliche angefallene, so daß ihm alles Uebrige in freier beliebiger Verwaltung und als das seinige Eigenthum verbleiben soll; bin eben so mit der Abtretung der gemeinschaftlichen Liegenschaften vom Vater an den Sohn, so wie solche der Vater bezeichnen und ausscheiden wird, wie mit dem Anschlage von 10,400 fl. zufrieden, auf welche gegen Empfang von 2600 fl. von dem Schwager Xaver gänzlich wie meine Frau Verzicht leiste, und dafür durch Empfang genannten Antheils hinlänglich entschädigt und dafür befriedigt bin, und ausgewiesen werde.

„Dieses habe ich zur vollen Gültigkeit der Erklärung meiner Ehefrau Luitgarde Schimpf vom 6. Juni als deren ehelicher Beistand noch nachzutragen, was ich durch meine Unterschrift beurkunde."

In ähnlicher Weise, wie die Waldburga, Luitgarde und Xaver Schimpf erklärte sich am 14. Juni 1826 vor dem Amtsrevisorate auch die Franziska Schmidt mit ihrem Ehemanne Anton Soderer.

Sie beide, nämlich die Franziska Schmidt als Erbin und er als derselben Ehemann verlange nicht, daß eine Inventur über das mütterliche Vermögen aufgestellt werde.

Sie beide verzichten auf eine solche gerichtliche Aufnahme, wie sie auf die Obsignation Verzicht geleistet hätten.

Der Vater Johannes Schimpf solle das sämmtlich vorhandene Vermögen in unabgetheilten Besitz, Disposition, in freier Verwaltung wie bisher behalten, und sie begnügen sich mit der elterlichen Anhülfe, welche sie bisher während den Lebzeiten beider Eltern empfangen und dato noch von ihrem Vater erhalten werden.

Durch diese im Willen des Vaters liegende Gleichstellung, welche er unter allen seinen Kindern beschlossen habe, und Einem so viel wie dem Andern mit Berücksichtigung des ihr, der Franziska Schmidt, gebührenden Väterlichen voraus, welchen sie mehr als ihre übrigen Geschwister ausgefolgt empfänge, werde die mütterliche Gleichstellung rücksichtlich des ererbten Vermögens getroffen, mit welcher sie beide vollkommen einverstanden und zufrieden seien.

Sie anerkennen dadurch nicht nur den Empfang des väterlichen Vorauses, sondern auch gleich ihren übrigen Geschwistern den Empfang des gebührenden mütterlichen Vermögens, wodurch somit eine förmliche Inventur über die ganze Verlassenschaft füglich vermieden und umgangen werden könne, zu dem sie beide ihre vollkommene Zustimmung und gänzliche Zufriedenheit ertheilen.

Was die Abtretung von circa 26 Jauch. Acker- und Mattfeld von dem Vater Johannes an den Sohn Xaver Schimpf anbetreffe, welche aus der unabgetheilten gemeinschaftlichen Masse für die Anschlagssumme von 10,400 fl. abgegeben werden, so seien sie beide wie die übrigen Geschwister damit einverstanden und zufrieden, sie genehmigen nicht nur allein die Abgabe an ihren Bruder, sondern auch den Anschlag, welchen den Vater selbst gemacht und bestimmt habe.

Es treffe ihr, der Franziska, zu ihrem Antheil ad einem Viertel von dieser Anschlagssumme 2600 fl. Gegen Empfang dieses Betrags von ihrem Bruder verzichte sie mit Genehmigung ihres Ehemanns auf ihre Naturalansprüche an diesen sämmtlichen Liegenschaften, überlasse solche nach der väterlichen Bestimmung ihrem Bruder Xaver als alleiniges Eigenthum, da sie für die empfangenden 2600 fl. für ihre Eigenthumsansprüche zu Abstand hinreichend bezahlt und entschädigt werde.

Was den Empfang eines jeden einzelnen Kindes anbetreffe, so besitze der Vater von jedem die Empfangsbescheinigung, wodurch somit Alles erledigt und wie solche diesen Empfang nachweisen abgethan, und durch solche jede weitere Untersuchung ergänzt seie.

Auf den Grund dieser Verhandlungen hin erschienen nun in Person Xaver Schimpf und der Vater Johann Schimpf am 24. Juni 1826 vor dem Amtsrevisorate und schlossen wegen Uebergabe der 26 Jauchert Güter um 10,400 fl., wovon jedem Kind 2600 fl. zukommen sollen, einen förmlichen Vertrag ab.

Dabei behielt nun die Sache ihr Bewenden und am 9. Juli 1839 starb nun auch der Vater Johann Schimpf, worauf die vier Kinder das sämmtliche noch hinterlassene Vermögen desselben unter sich theilten. An der Stelle

der Luitgarde Schimpf, welche am 31. Mai 1838 gestorben war, hat deren Sohn erster Ehe, Franz Xaver Hansjakob, bei der Theilung mitgewirkt und den Antheil der Luitgarde erhalten.

Nun erst trat der zweite Ehemann der Luitgarde Schimpf, der verwittwete Theilungs-Commissair Baumann, gegen die gedachten Erben des Johann Schimpf mit einer Klage auf, indem er behauptete: Johann Schimpf habe im Jahre 1826 nach dem Tode seiner Frau noch nicht die ganze eheweibliche Hälfte des ihnen gemeinschaftlichen Vermögens herausgegeben.

Seine des Klägers verstorbene Ehefrau Luitgarde Schimpf habe ein Viertel jener eheweiblichen Hälfte, als des mütterlichen Nachlasses, zu fordern gehabt.

Da er nun mit ihr in gesetzlicher Gütergemeinschaft gelebt habe, so komme ihm als Theilhaber der Gemeinschaft die Hälfte jenes der Luitgarde noch angefallenen, aber nicht wirklich empfangenen mütterlichen Erbes zu.

Der Kläger bat daher, die hinsichtlich des Johann Schimpf'schen Nachlasses vorgenommene Privattheilung für ungültig und die Beklagten für schuldig zu erklären, eine auf den Vermögensstand von 1826 basirte Theilung und Gleichstellung durch einen Staatsschreiber mit Beizug des Klägers vornehmen zu lassen, oder eigentlich, wie er in der Appellationsbeschwerdeschrift erläuterte, eine ordnungsmäßige Vertheilung der Verlassenschaft der im Jahre 1826 gestorbenen Johann Schimpf'schen Ehefrau vornehmen zu lassen.

Die Beklagten bestritten die Legitimation des Klägers zur Sache und schützten die Uebereinkunft von 1826 als einen Erbvergleich vor, vermöge dessen die Kinder als Erben ihrer Mutter sich vom Vater jedes mit 2600 fl. nebst dem früher Empfangenen für das mütterliche Erbe abfinden ließen.

Durch amtliches Erkenntniß wurde der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und dieses Erkenntniß vom Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigt.

Die hofgerichtlichen

Entscheidungsgründe

lauten wie folgt:

Am 26. Februar 1826 starb die Ehefrau des Johann Schimpf zu Gengenbach und hinterließ als Erben vier großjährige Kinder, eines aus einer früheren und drei aus der letzten Ehe, für welche Einkindschaft verabredet war.

Eine Tochter der zweiten Ehe, Luitgarde, verehelichte sich am 21. Juni 1826 mit dem Kläger ohne Ehevertrag. Sie starb am 31. Mai 1838 und hinterließ kein Kind aus dieser, wohl aber einen großjährigen Sohn aus einer frühern Ehe. Nachdem auch Johann Schimpf am 9. Juli 1839 gestorben war, theilten sich seine Erben, nämlich das Eine Stiefkind, die zwei noch lebenden leiblichen Kinder und der Sohn der verstorbenen Tochter Luitgarde (die jetzigen Beklagten) in den Nachlaß. Der Kläger begehrt nun aber (in der Klage):

> daß diese Privattheilung für ungültig und die Beklagten für schuldig erklärt werden, eine neue auf den Vermögensstand vom 26. Februar 1826 (dem Todestage der Joh. Schimpf'schen Ehefrau) basirte Theilung und Gleichstellung von einem Staatsschreiber unter seinem Zuzug geschehen zu lassen.

Oder (in der Beschwerdeschrift):

> daß die Beklagten für schuldig erkannt werden, eine ordnungsmäßige Theilung der Verlassenschaft der im Jahre 1826 verstorbenen Ehefrau des Joh. Schimpf vornehmen zu lassen.

Zur Begründung dieses Begehrens führt der Kläger an: Mit dem Tode der Ehefrau des Johann Schimpf sei die Hälfte des damals vorhandenen (aber nicht abgetheilten) Vermögens ihren vier Kindern, also ein Viertheil dieser Hälfte der Tochter Luitgarde zugefallen. Letztere habe diesen ihren Erbtheil in die nachher mit ihm, dem Kläger, geschlossenen Ehe eingebracht, und da unter ihnen die gesetzliche Gütergemeinschaft bestanden, so sei die Hälfte des eingebrachten Erbtheils mit dem Tode seiner Frau ihm zugefallen.

Abgesehen von der Frage, ob der Kläger das von seiner Frau in die Ehe eingebrachte Erbrecht an dem Nachlaß ihrer Mutter nach Auflösung der Ehe und der ehelichen Gütergemeinschaft überhaupt noch geltend machen kann, ohne zu behaupten, daß dasselbe bei der Theilung des Gemeinschaftsvermögens ihm zugeschieden worden sei, und ohne anzuführen, daß und in wie weit jener Nachlaß aus Fahrnissen bestehe;

abgesehen von der weitern Frage, ob der Kläger, seine Legitimation zur verstorbenen Ehefrau an dem Nachlaß ihrer Mutter im Allgemeinen angenommen, sofort berechtigt sei, die Theilung dieses nicht inventirten

Nachlasses oder die Theilung der Verlassenschaft seines Schwiegervaters, worunter jene seiner Schwiegermutter begriffen sein soll, gegen die Erben zu begehren, oder ob ihm bloß das Recht zustehe, nach Landrechtssatz 1442 nachzuweisen, welche Vermögensstücke zu dem Nachlaß seiner Schwiegermutter gehörten, die Ausscheidung dieser Vermögensstücke von der Verlassenschaft seines Schwiegervaters zu beantragen, und seinen Antheil hierin anzusprechen;

abgesehen von diesen Fragen muß die Klage jedenfalls aus dem Grunde abgewiesen werden, weil sie durch die persönliche Einrede der Beklagten entkräftet ist.

Diese haben nämlich eingewendet: Der Nachlaß der Joh. Schimpf'schen Ehefrau sei bereits im Jahre 1826 getheilt worden. Sämmtliche Erbinteressenten mit Einschluß der Tochter Luitgarde haben sich damals mit Joh. Schimpf dahin verglichen, daß diese jedem Erben 2600 fl. als mütterlichen Erbtheil auszahlte.

Damit habe sich auch der Kläger selbst nach seiner Verehelichung mit der Tochter Luitgarde zufrieden erklärt und auf allen weitern Anspruch an das vorhandene Vermögen verzichtet. Zum Beweise dieser Einrede haben sich die Beklagten unter Vorbehalt der Eideszuschiebung

1) auf die Amtsrevisorats-Akten über die Verlassenschaft der Joh. Schimpf'schen Ehefrau von 1838 berufen.

Der Kläger hat die in diesen Akten enthaltene Urkunden, soweit er sie nicht selbst zum Behufe des Gegenbeweises produzirte, als ächt anerkannt, es ist daher für ihre formelle Beweiskraft gleichgültig, ob und in wie weit sie den Erfordernissen öffentlicher Urkunden genügen. Uebrigens sind sie sämmtlich von dem Amtsrevisor zu Gengenbach, also von denjenigen öffentlichen Beamten aufgenommen, welcher nach den bestehenden Gesetzen die gepflogenen Verhandlungen zu beurkunden hatte. Landrechtssatz 1317. Organisationsrescript vom 26. Nov. 1809. Beilage B. II. 39 a, II. Einführungsedict zum Landrecht §. 7.

Aus den Akten vom Jahre 1826 geht soviel unbestritten hervor, daß nach dem Tode der Ehefrau des Joh. Schimpf deren vier großjährige Kinder auf die Obsignation und Inventur des vorhandenen Vermögens verzichteten, daß sie mit der von ihrem Vater beabsichtigten Abtretung von 26 Jauch Acker- und Mattfeld im Anschlage zu 10,400 fl. an den Sohn Xaver, der alsdann jedem seiner drei Geschwister den vierten Theil des Anschlags herauszahlen sollte, sich zufrieden erklärten, und alles weiter vorhandene Vermögen ihrem Vater zum Besitze, zur Verwaltung und Benützung überließen, daß endlich der Vater in Folge dieser Erklärungen seiner Kinder dem Sohne Xaver 26 Jauch Acker- und Mattfeld übergab. Es ist auch unbestritten, daß Xaver Schimpf jedem seiner drei Geschwister und insbesondere der Ehefrau des Klägers die ausbedungenen 2600 fl. bezahlte.

Dagegen fragt es sich, ob die vier Kinder ihrem Vater bloß den Besitz und Genuß des mütterlichen Vermögens überlassen, dessen Eigenthum aber sich vorbehalten, oder ob sie ihm dieses Vermögen gänzlich abgetreten haben. Von den Beklagten werden die gepflogenen Verhandlungen in dem letztern, von dem Kläger werden sie in dem ersten Sinne ausgelegt. — Wenn nun auch einzelne Stellen die nicht in streng juristischer Sprache abgefaßten Erklärungen der Betheiligten die Auslegung des Klägers zu unterstützen scheinen, so stehen ihr doch andere Stellen geradezu entgegen, und eine genauere Prüfung des ganzen Inhalts der Verhandlungen läßt keinen Zweifel übrig, daß zwischen Johann Schimpf und seinen Kindern als Erben seiner Ehefrau ein Vergleich zu Stande kam, wonach Letztere dem Ersteren den Nachlaß ihrer Mutter gegen die Abtretung von Liegenschaften in Anschlag von 10,400 fl. gänzlich und unbedingt überließen. cf. Landrechtssätze 1476, 819.

Schon der unbestrittene Inhalt der gepflogenen Verhandlungen und das Verhältniß der Betheiligten spricht für diese Auslegungen.

Hätten die Kinder sich das Eigenthum an dem Nachlasse ihrer Mutter für den Todesfall des Vaters vorbehalten, so würden sie nicht auf die Inventur verzichtet haben, denn wenn sie dereinst ihr Eigenthumsrecht hätten geltend machen wollen, so hätten sie vor Allem wissen müssen, worin jener Nachlaß bestehe, und hierzu wäre eine Inventur eben so nothwendig gewesen, als wenn sie auf der gleichbaldigen Ausscheidung und Abtheilung des mütterlichen Vermögens bestanden wäre. Sie konnten auch dieses Vermögen um so unbedenklicher ihrem Vater gänzlich überlassen, als sie sämmtlich vermöge der verabredeten Einkindschaft an dem Nachlasse ihres Vaters, in ganz gleicher Weise wie an dem ihrer Mutter erbberechtigt waren, so daß es sich — abgesehen von dem nicht zu erwartenden und nicht eingetretenen Falle, daß

der Vater noch eine weitere Ehe eingehe — auch im Falle der gänzlichen Ueberlaſſung eigentlich bloß um den Beſitz und Genuß des mütterlichen Vermögens bis zum Tode des Vaters handelte.

Eben deßhalb kann daraus, daß die Tochter Luitgarde in ihrer Erklärung vom 6. Juni 1826 das ſämmtliche vorhandene Vermögen ihrem Vater zum Beſitze, zur Verwaltung und Benutzung überließ, noch nicht gefolgert werden, daß ſie ſich das Eigenthum ihres mütterlichen Erbtheils vorbehalten habe. Dagegen ergiebt ſich aus dem übrigen Inhalte der nämlichen Erklärung, daß ſie an einen ſolchen Vorbehalt nicht dachte, indem ſie ſonſt nicht hätte ſagen können, daß ſie die bereits erhaltene elterliche Anhülfe, und dasjenige, was ihr Vater jetzt wieder jedem ſeiner Kinder abtreten wolle (nämlich die 2600 fl.), als das ihr zugefallene mütterliche Vermögen, als das ihr Gebührende betrachte, und damit zufrieden ſeie; alles übrige vorhandene Vermögen aber ihrem Vater, der damit zu ſchalten und zu verfügen berechtiget ſein ſolle, ſo lange es ihm gefällig ſei, überlaſſe. Wenn ſie dabei einer dereinſtigen völligen Gleichſtellung ſämmtlicher Kinder erwähnte, ſo ſprach ſie damit bloß, wie auch an andern Stellen, die Erwartung aus, daß der Vater in ſeinen Verfügungen über das ſämmtliche vorhandene Vermögen keinem der Kinder vor dem andern einen unbilligen Vortheil einräumen werde, und wenn ſie am Schluſſe hinzufügte, ſie glaube ſich hierdurch nichts zu vergeben und an ihrem Vermögen nichts zurückzulaſſen, ſo ſagt ſie damit weiter nichts, als was in den Worten liegt, daß ſie nämlich glaube: die getroffene Uebereinkunft werde ihren Vermögensrechten nicht nachtheilig ſein.

Ließe übrigens die Erklärung der Luitgarde Schimpf vom 6. Juni noch einen Zweifel zu, ſo würde er durch die Beſtätigung des Klägers, als ihres ehelichen Beiſtandes vom 24. Juni beſeitiget. Dieſer erklärte ganz ausdrücklich: „daß er das vom Vater ausgefolgte Vermögen als das mütterlich anerfallene betrachte, ſo daß demſelben alles Uebrige in freier beliebiger Verwaltung und als ſein Eigenthum verbleiben ſolle.“ Hier wird erläutert, in welchem Sinne dem Vater das vorhandene Vermögen zur Verwaltung und Benützung überlaſſen wurde.

Die Ehefrau des Klägers war bei dieſer Beſtätigung zugegen, und es wurde von ihrer Seite kein Widerſpruch dagegen eingelegt, woraus ſich entnehmen läßt, daß auch ſie ihre Erklärung im nämlichen Sinne verſtand. Selbſt wenn aber der Kläger dem Vater ſeiner Ehefrau mehr Rechte eingeräumt hätte, als dieſe ſelbſt, ſo hätte er hierdurch zwar den Rechten ſeiner Ehefrau nichts vergeben können; allein ihm ſelbſt könnte ſein Verzicht immerhin entgegen gehalten werden.

Die Aeußerungen der übrigen Kinder und des Vaters ſind für die Auslegung der Erklärungen der Luitgarde Schimpf und ihres Ehemannes, des Klägers, in ſo fern erheblich, als nicht die entfernteſte Andeutung vorliegt, daß unter den Kindern oder zwiſchen dieſen und dem Vater über die Rechte, welche dem Letzteren in Bezug auf das mütterliche Vermögen eingeräumt werden ſollte, eine Meinungsverſchiedenheit geherrſcht habe. Wenn nun auch die Tochter Walburga nach dem Amtsreviſoratsprotokolle vom 5. Juni 1826 ihrem Vater wörtlich nur den Beſitz und Genuß des geſammten Vermögen überließ, ſo hat dagegen die Tochter Franziska nach den Protokollen vom 14. Juni und 9. Juli ausdrücklich erklärt, daß ſie ihren mütterlichen Erbtheil als empfangen anerkenne, daß ſie alles weiter Vorhandene als ihrem Vater allein gehörig betrachte, und ihm zur freien Verfügung überlaſſe. Eben ſo hat der Vater ſelbſt laut Protokoll vom 24. Juni die Erklärungen ſeiner Kinder dahin verſtanden, daß ſie durch die Abtretnng der Liegenſchaften im Anſchlage zu 10,400 fl. in Anſehung ihrer mütterlichen Erbtheile ausgeliefert und befriedigt, und alles weiter vorhandene Vermögen ſein Eigenthum ſei.

Auch das Amtsreviſorat, welches ſämmtliche Erklärungen der Betheiligten aufnahm, hat ſie in dem nämlichen Sinne ausgelegt, wie dieß aus dem erwähnten Protokoll vom 24. Juni vorigen Jahres und aus einem Berichte an das Bezirksamt Gengenbach vom 20. Juli 1828 hervorgeht. Aus den von den Beklagten noch weiter angerufenen Akten vom Jahre 1838 ergiebt ſich endlich, daß der Kläger noch am 19. Juli 1838 die Erklärung ſeiner Frau vom 6. und ſeiner eigenen vom 24. Juni 1826 in dem hier als richtig angenommenen Sinne verſtanden hat, indem er damals bei der Aufnahme und Theilung des ehelichen Gemeinſchaftsvermögens ſeinem großjährigen Stiefſohn, einem der jetzigen Beklagten, gegenüber erklärte, daß ſeine Frau

während der Ehe von ihrer verstorbenen Mutter als Gleichstellungsgeld für Liegenschaften, die ihr Vater abgetreten, 2600 fl. ererbt habe.

Die Einrede der Beklagten ist somit erwiesen, und da ihr keine erhebliche Replik entgegen steht, so wurde der Kläger mit Recht von dem Unterrichter abgewiesen. J.

II.

1. In wie weit hat der Negatorienkläger sein Eigenthumsrecht an dem dienenden Grundstück zu beweisen?
2. Beweis der unvordenklichen Verjährung durch Geständniß-Erfordernisse.

Rechtsfall beim Hofgerichte des Oberrheinkreises. I. S.

In Sachen des J. G. gegen Jos. und Lorenz S., Durchfahrtsrecht durch einen Hof betreffend, wurde das den Negatorienkläger abweisende amtliche Erkenntniß bestätigt. Es kamen dabei die vorbemerkten Rechtsfragen zur Erörterung und Entscheidung, und in den Hofgerichts-Entscheidungsgründen kommt darüber vor:

Ad 1. pflichtete der Gerichtshof nicht der bisher häufig angewendeten strengern Theorie bei, wornach von dem Negatorienkläger die gleiche Nachweisung seines Eigenthums an dem dienenden Gute verlangt wird, wie von dem gegen Dritte auftretenden Eigenthumskläger, also die Nachweisung des Eintrags des Erwerbs in das Grundbuch, Landrechtzusatz 1583 a. und II. Einführungs-Edikt §. 25, sondern bekannte sich vielmehr zu der Ansicht, daß es schon an der Nachweisung des Titels (hier des in öffentlicher Urkunde vorliegenden Uebergabsvertrags) und des Eigenthumsbesitzes genüge, indem die Negatorienklage (utiliter) selbst dem schon gestattet werde, welcher nur im Allgemeinen ein besonderes Interesse an dem Nichtbestand der Dienstbarkeit hat, Thibaut, Syst. §. 625, Schmidt, von Klagen und Einreden §. 467. Es könne darum hier die Legitimation des Klägers um so weniger beanstandet werden, da er anerkanntermaßen im Besitz und Genuß des erworbenen Eigenthums sei, „nach Landrechtszusatz 544 e. aber der Besitz alle Wirkungen des Eigenthums gegen jeden hat, gegen den man nicht wegen der Sache in Vertragsverbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkern Besitz oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann, in welchem Falle die Beklagten sich nicht befinden."

Ad 2. besagen die Entscheidungsgründe: „die Beklagten haben das angesprochene Durchfahrtsrecht über die Hofraithe des Klägers auf die unvordenkliche Verjährung gegründet und eventuell auf Landrechtsatz 682. Der Kläger hat nun selbst in dem Protokoll vom 19. August v. J. zugegeben, daß die Beklagten und deren Rechtsvorfahren seit dem Jahr 1769 bis 1825 ungestört die streitige Durchfahrt durch seinen Hof benützt haben; und damit ist das Wesentliche des zur Begründung der unvordenklichen Verjährung nöthigen Besitzes zugestanden. Regierungsblatt vom Jahre 1808 Nr. II. Zwar ist in diesem Geständniß nicht die Unvordenklichkeit, d. i. daß man den Anfang des Besitzstandes oder einen andern Zustand nicht wisse, enthalten; allein bei einem so alten Besitzstand (vetustas) streitet dafür die Vermuthung. Unterholzner, Verjährung B. II. §. 150. Die Einschränkung in dem Geständniß: „wenn nichts im Weg gestanden, sei stets durchgefahren worden," benimmt jenem an seiner Wirkung nichts, da darin die Behauptung einer Störung oder Unterbrechung nicht zu finden ist. Eben so wenig schadet dem Geständnisse die beigefügte Klausel: „daß ein Recht zur Durchfahrt nie vorhanden gewesen sei, und eine Einsprache nicht habe gemacht werden können, weil auf seinem, des Klägers, Hofe kein Eigenthümer gewesen sei." Denn das Dasein eines Rechts fordert die unvordenkliche Verjährung nicht, vielmehr soll gerade durch den Besitz das Recht ersetzt, erschaffen werden. Der angegebene Hinderungsgrund der Einsprache vermag aber in seiner Allgemeinheit eine Unmöglichkeit der Klagerhebung (Thibaut, System §. 1024) nicht zu begründen, und überdem ist die Behauptung durch die eigenen Vorträge des Klägers und den von ihm producirten Uebergabsvertrag widerlegt.

Die Anfechtung des Geständnisses in dieser Instanz aus dem Grunde, weil es nicht auf dem eigenen Wissen und Frommen des Klägers beruhen könne, ist unhaltbar, da der Begriff eines rechtsverbindlichen Geständnisses schon vermöge der ihm inwohnenden Natur des Verzichts sich nicht auf eigene Handlungen oder Wahrnehmungen des Bekennenden beschränken läßt, der Richter vielmehr

Digitized by Google

all das, was eine Partei zu ihrem Nachtheil als wahr zugegeben hat, als unstreitig annehmen muß. Gönner, Handb. B. II. S. 371. 380. Martin, Handb. §. 123 a. Zum Ueberfluß stimmen auch noch die — über die jüngrre Zeit wenigstens sich verbreitenden — Zeugenaussagen mit dem Geständnisse überein. Damit ist die angesprochene Dienstbarkeit zur Genüge erwiesen. Die Beschwerde erscheint hiernach unbegründet und es mußte mit Anwendung des §. 406 und des §. 169 der Prozeßordnung wegen der Kosten wie geschehen erkannt werden." Zentner.

III.

Sind Urtheile ohne Entscheidungsgründe nichtig? §. 385 der Prozeßordnung.

Das Hofgericht des Seekreises hat obige Frage dahin entschieden, daß ein Urtheil auch ohne Gründe gültig sei, weil das Gesetz die Beifügung der Gründe nirgends als eine nothwendige Förmlichkeit der Urtheile aufstelle.

Diese Entscheidung ist offenbar unrichtig. Der §. 385 sagt ausdrücklich und mit dürren Worten, daß zugleich mit der Verkündung der Urtheile den Parteien die Entscheidungsgründe bekannt gemacht werden müssen und daß die Gründe den schriftlichen Ausfertigungen als Anhang beizufügen sind. Durch diese gebietende Vorschrift hat der Gesetzgrber die Beifügung der Gründe augenfällig zu einer nothwendigen Feierlichkeit oder Förmlichkeit der Urtheile erhoben. Daraus folgt, daß ein Urtheil ohne Gründe an dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit leidet, daß demnach ein Urtheil ohne Gründe durchaus nichtig ist. Landrechtsatz 6 k.

Das bisher Gesagte wird vollkommen bestätigt durch die Worte der Gesetzgebungscommission in dem Berichte vom 15. November 1830 bei Vorlegung des Entwurfs der Prozeßordnung.

„Dem Grundsatze der Oeffentlichkeit — also sagt die Gesetzgebungscommission — entspricht der Entwurf in dem zweifachen Sinne, in welchem sie verstanden wird. Nichts, was die Thätigkeit des Richters veranlaßt oder was er auf gegebene Veranlassung vrrfügt, soll den Parteien unbekannt bleiben. Von allen Prozeßhandlungen, welche nicht in Gegenwart dee Parteien oder ihrer Vertreter geschehen, wird ihnen durch mündliche Eröffnung oder schriftlich Kenntniß gegeben. Keine Entscheidung soll ergehen, ohne daß sie von den Gründen unterrichtet worden, welche die Ueberzeugung des Richters bestimmt haben. Der schriftlichen Ausfertigung der Urtheile, welche jede Partei in jeder Sache verlangen kann, sollen die Entscheidungsgründe schriftlich beigesetzt werden."

Archiv für Rechtspflege und Gesetzgrbung in Baden. II. Band. S. 73.

Hiemit glaube ich dargethan zu haben, daß nach unserer Prozeßordnung die Beifügung der Entscheidungsgründe allerdings eine nothwendige Förmlichkeit der Urtheile ist, daß also Urtheile ohne Gründe nichtig sind.

Dieselbe Frage ist auch in Frankreich kontrovers geworden. Der Art. 141 des Code de procédure besagt nämlich: la rédaction des jugemens contiendra ..... les motifs et le dispositif des jugemens. Merlin in dem Repert. art. Motifs des jugemens Nr. 1 sagt über obige Frage, daß der Art. 141 auf den Mangel der Entscheidungsgründe die Strafe der Nichtigkeit nicht setze und daß solche nicht supplirt werden könne, was sich aus Art. 1030 des Code de procédure ergebe, woraus denn folge, daß der Mangel der Entscheidungsgründe die Nichtigkeit nicht nach sich ziehe. Hierauf entgegnet Paillirt zu Art. 141 des Code de procédure: „Die Ansicht des Merlin beruht offenbar auf einem Irrthume, weil die Entscheidungsgründe zu den wesentlichen Brstandtheilen der Urtheile gehören. Die Urtheile müssen motivirt sein, bei Strafe der Nichtigkeit. Wenn sie die Gründe nicht enthalten, so ermangeln sie eines wesentlichen Bestandtheils und einer nothwedigen Förmlichkeit drr Urtheile. Die Erkenntnisse der Gerichte auch in letzter Instanz haben nicht den Charakter souveräner Entscheidungrn, so daß sie aller vorgeschriebenen Förmlichkeiten entbehren dürfen. Wenn diese Förmlichkeiten verletzt sind, so giebt es eigentlich kein Urtheil, und derartige gerichtliche Entscheidungen müssen für nichtig erklärt werden, die Grundsätze des Kassationshofes machrn es diesem zur Pflicht, ungesetzliche Handlungen für nichtig zu erklären." Haager.

Berichtigung.

In dee Abhandlung: Ueber den Kostenansatz bei Beschwerdeführungen der Anwälte ꝛc. Nr. 24 und 25 der Annalen (Zehnter Jahrgang) S. 174 Sp. 2 findet sich folgende einer Berichtigung bedürftige Stelle:

„— die Minderung zu bewirken. Der Rekurs über diese Kosten gehört folglich zu dem Geschäfte (Landrechtsatz 1991. 1999). Die Dekretur ist aber unmittelbar Folge der Prozeßführung."

Sie ist dahin zu berichtigen:

„den Rückersatz zu bewirken. Dir Dekretur dieser Kosten gehört folglich zu drm Geschäfte (Landrechtsatz 1991. 1999). Sie ist unmittelbare Folge drr Prozeßführung."

Der Verf.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 17. September 1842.

I.

Ueber die Beraubung der Kirchhöfe und Todten, insbesondere durch Todtengräber, und deren Bestrafung.

Die Verletzung der Heiligkeit eines Grabes (sepulchri violatio) gehörte bei den Römern zu den ausserordentlichen, d. h. zu den gesetzlich ausgezeichneten Verbrechen, und zog nach römischem Rechte die Ehrlosigkeit nach sich.

l. 1. D. de sepulchro violato. (47, 12.)

Die Römer hielten nämlich das Grab für eine Wohnung der Verstorbenen, (domus defunctorum)

l. 4. C. h. t. (9, 19.)

und begriffen unter dem Wort:

„sepulchrum"

einen jeden Begräbnißort.

l. 3. §. 2. D. h. t. (47, 12.)

Es gab bei ihnen keine zur Beerdigung der Leichname bestimmte öffentliche Plätze, sondern Jeder begrub seine Todten auf seinem Eigenthume, oder an öffentlichen Wegen.

Van Niepen de sepulchro violato Lugduni Batavorum 1723. Cap. 18 et 19.

Der Platz, wo ein Mensch begraben lag, war nur in der abgezeichneten Peripherie des Leichnams (quatenus corpus humatum est) ein locus religiosus;

l. 2. §. 5. D. de religiosis et sumtibus funerum (11, 7.)

l. 6. §. 4. D. de divisione rerum et qualitate (1, 8.)

und nicht im Commerz der Menschen.

l. 8. §. 1. — l. 12. §. 1. D. de religiosis etc. (11, 7.)

Lag ein Leichnam theilweise an verschiedenen Orten begraben, so galt der Platz, wo der Kopf begraben war, für einen locus religiosus.

l. 44. D. ibidem.

Diejenigen, welche mit bewaffneter Hand die Leichname beraubten, wurden nach dem Gesetze de sepulchro violato mit der Todesstrafe belegt, und die Strafe derjenigen, welche den Raub ohne Waffen verübten, konnte sogar bis zur damnatio in metalla ansteigen.

l. 3. §. 7. D. h. t.

l. 14. §. 5. D. de religiosis etc. (11, 7.)

l. 4. §. 6. D. ad legem Juliam peculatus (48, 13.)

Jene, welche die Leichname aus der Erde herausnahmen, und die Knochen umherstreuten, wurden, wenn sie niederen Standes waren, mit dem Tode — wenn sie dagegen vornehmeren Standes waren, mit der Deportation auf eine Insel, mit der Relegation oder mit Bergwerksarbeit bestraft.

l. 11. D. h. t.

Wer einem todten Körper vor dessen Bestätigung zur Erde, oder an einem Orte beraubte, wohin er bis zur anderweiten Beerdigung einstweilen verbracht worden war, wurde geringer bestraft.

argum. l. 3. §. 4. D. h. t.

Die Beraubung von Gräbern der Feinde war dagegen gar nicht verpönt, quia sepulchra hostium religiosa non sunt.

l. 4. D. h. t.

Die Richter, welche einen violatorem sepulchri nicht bestraften, mußten zur eigenen Strafe 20 Pfund Goldes erlegen.

l. 3. C. h. t.

Die lex Julia de vi verhängte die Strafe der vis publica gegen Denjenigen, welcher mit Gewalt verhinderte, daß ein Verstorbener nicht begraben werden konnte, welcher die Leiche mit Gewalt hinwegnahm, und umherzog, die Begräbnisse mit Gewalt zerstörte, die begrabenen Leichname mit Gewalt herauswarf, und plünderte.

l. 5. pr. D. ad legem Juliam de vi publica (48, 6.)

l. 8. D. de sepulchro violato (47, 12.)

Meine gekrönte Preisschrift: de praeceptis juris romani circa crimen vis. Scaphusiae 1829. §. 27 *Platneri* quaestiones de jure criminum romano. Marburgi 1842. pag. 285 seqq.

Die Strafe des Julischen Gesetzes bestand bei einer öffentlichen Gewalt in der Untersagung des Wassers und Feuers (aqua et igni interdictio) und nach neuerem römischem Rechte in der Deportation neben der Confiscation sämmtlichen Vermögens.

Meine Schrift §. 53 — 55.

Diese Strafe war mithin gelinder, als die, welche nach den gesetzlichen Bestimmungen de sepulchri violatione auf die mit Waffen verübte Gewalt an Grabmälern und Leichnamen gedroht war.

Das kanonische Recht gedenkt der violatio sepulchri nicht.

Die Errichtung von Grabstätten ist nun nicht mehr, wie bei den Römern, eines jeden Willkür überlassen, sondern es sind gewisse Plätze ausschließlich zur Beerdigung der Todten unter öffentlicher Auctorität bestimmt, welche man Kirchhöfe, Gottesäcker, Friedhöfe, Begräbniß-, Schlaf- oder Ruhestätten (coemeteria seu dormitoria) nennt.

Cömeterien oder Schlafstätten werden sie genannt, weil die Leiber zu einer glorreichen Auferstehung bestimmt sind, und nach christlichem Glauben in Erwartung derselben hier gleichsam nur schlafen.

Kirchhöfe heißt man sie wegen ihrer nahen Lage an der Kirche, und die Benennung Gottesacker kömmt ihnen zu, weil hier, wie der Saame auf einem Acker, die Leiber der Gerechten ausgesäet werden.

Müller Lexikon des Kirchenrechts. Würzburg 1838. 2tes Heft sub voce „Begräbniß" pag. 197.

Die deutschen Reichsgesetze, welche der Kirchhöfe Erwähnung thun, berühren eine Strafe ihrer Verletzung oder Beraubung nicht, sondern sie sprechen bloß aus, daß sie sicher sein, und nichts daraus entwendet werden solle.

Der Landfriede vom Jahre 1438 §. 7 enthält die Bestimmung:

„Item sollent Kirchen, Kirchhöffe und Wydem-
„höve auch sicher sin, und soll daraus nicht
„genommen werden, noch auch keine Wehre
„daraus geschehen."

Ein Gleiches wird in dem Frankfurter Reichsabschied vom Jahre 1442 §. 8 wiederholt, wo es heißt:

„Item es sollen Kirchen, Kirchhöfe und Widem-
„höfe och sicher sin, und daraus nit genom-
„men werden, noch auch kein were darauß ge-
„scheen. Doch ob yemann die, oder die darinne
„waren, sich unterstunden, zu störmen, oder nötten,
„so mocht man sich daruß weren."

Die Carolina vom Jahre 1532 hatte die Lehre der christlichen Religion, und zunächst den Kirchenraub im Auge, wenn sie im Artikel 171. im Allgemeinen verordnet:

„Item stelen von geweichten dingen oder stetten
„ist schwerer, dann ander diebstall, und geschicht inn
„dreyerley Weiß, zum ersten, wann eyner etwas
„heiliges oder geweichtes stielt an geweichten stetten;
„zum andern, wann eyner etwas geweichts
„an ungeweichten stetten stielt;
„zum dritten, wann eyner ungeweichte Ding
„an geweichten stetten stielt."

Da die Kirchhöfe heilige, mithin gefriedete Orte sind, welche als Pertinenzien der Kirchen auch deren Rechte genießen,

Müller a. a. O.

so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß ein Diebstahl, welcher allda verübt wird, zum dritten unterstellten Falle zu rechnen ist.

Beyer delineatio juris criminalis secundum constitutionem Carolinam Lipsiae 1727 ad Art. 171 — 175. Pos. VI — VIII.

obgleich die Carolina der Gräberverletzung ausdrücklich nicht erwähnt, und keine Strafe für sie dictirt.

Das alte sächsische Recht wollte jedoch die spoliatores sepulchrorum nicht weniger, als die latrones mit dem Rad bestraft wissen, wenn es in Buch 2 Art. 13. des Sachsenspiegels verordnet:

„Alle Mörder und die den Pflug berauben, oder
„Mühlen, oder Kirchen, oder Kirchhöfe ꝛc. Die
„soll man Alle radebrechen."

Das neuere churfürstlich sächsische Gesetz const. 34. p. 4 gab dagegen die mildere Vorschrift:

„Wenn die Todengräber, oder Andere die Todten
„wiederum aufgraben, dieselben berauben, und dar-

„nach wieder einscharren, so ist die Strafe willkür-
„lich, als daß sie mit Ruthen gestäubet werden."

Das neueste Criminalgesetzbuch Sachsens 2te Auflage Leipzig 1840, trifft endlich in Art. 228. deßhalb folgende Bestimmung:

„Bei der Entwendung von Sachen aus Gräbern
„findet Arbeitshausstrafe von wenigstens 3 Monaten
„statt, in so fern nicht der Betrag des Gestohlenen
„eine höhere Strafe mit sich bringt.

„Die Entwendung von Leichnamen aus den Grä-
„bern ist mit drei- bis sechsmonatlichem, und wenn
„sie von Todtengräbern, oder andern dabei bestellten
„Aufsehern verübt worden, mit sechsmonatlichem bis
„einjährigem Arbeitshause zu bestrafen."

Durch die in der Carolina unterlassene ausdrückliche Verpönung der sepulchri violatio hat sich in Deutschland eine Praxis gebildet, wodurch sie als Entwendung an Grabmählern unter den Begriff des gemeinen deutschen Diebstahls — und als Beraubung der Todten unter den Begriff eines Staats- oder kirchlichen Polizeiverbrechens fällt.

Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 2te Auflage. Gießen und Darmstadt 1805 §. 183 Note 1.

Henke in seinem Handbuche des Criminalrechts und der Criminalpolitik Th. 3, §. 210 pag. 667 nimmt bei der Beschädigung oder Zerstörung von Grabstätten oder Grabmählern an, daß die Strafe der Eigenthumsbeschädigungen, und zwar wegen besonderer Heiligkeit des Gegenstandes in erhöhtem Grade zur Anwendung komme: daß dagegen die Beraubung der Todten, und die Aneignung von Bestandtheilen der Särge, Grabstätten und Grabmähler nicht als Diebstahl, wohl aber als Polizeiübertretung zu ahnden sei, was auch bei einer Mißhandlung oder Hinwegtragung von Leichnamen, sei sie in gewinnsüchtiger Absicht, oder zu wissenschaftlichen Zwecken, oder aus irgend einem andern Motive geschehen, ohne Bedenken statt finde, indem darin ein höchst ahndungswürdiger Frevel enthalten sei.

Carpzov führt in seiner practica nova rerum criminalium pars II. quaest. 83. Nr. 57. einen Fall an, wo zwei Todtengräbern, welche Särge ausgegraben und verkauft haben, mit der Ruthe ausgepeitscht, und mit beständiger Relegation bestraft worden sind.

Wenn mehrere Leichname zu verschiedenen Zeiten beraubt worden sind, oder wenn nur ein einziger mit bewaffneter Hand beraubt wurde, oder, wenn einer ohne Waffen beraubt, und nicht wieder der Erde, aus welcher er genommen war, zurückgegeben wurde, so kömmt auch nach deutscher Praxis bei dem Thäter die Todesstrafe in Anwendung.

Engau elementa juris criminalis lib. 1. tit. 47. §. 520.

Ch. Fr. Georg Meisteri principia jur. crim. sect. II. pag. II. Cap. IX. §. VII.

Koch institutiones jur. crim. lib. 2. cap. 50. litt. E. §. 612.

Carpzov loc. cit. Nr. 59.

Heil judex et defensor in processu inquisitionis. Hildburghusae 1755. Cap. VI. de poenis et causis tollendi et mitigandi §. 39.

Die neuere deutsche Gerichtspraxis bestraft einen bestellten Todtengräber, welcher die Todten beraubt, ausser der Cassation mit einer ein- bis zweijährigen Zuchthausstrafe, und nach Befund der Umstände mit der Verdopplung.

v. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 6te Auflage §. 373.

Das preußische Landrecht verordnet in §. 1152:

„Schärfung der Strafe des gemeinen Diebstahls durch
„körperliche Züchtigung, aber ohne Verlängerung der
„Dauer soll erkannt werden, wenn Gräber oder Leich-
„name bestohlen werden. Ein Todtengräber, welcher
„selbst Leichen entwendet, hat gleiche Strafe und Ent-
„setzung vom Amte verwirkt. Wenn niedere Personen
„Leichen entwenden, so sollen sie auf Antrag der
„Verwandten des Verstorbenen als Injurianten und
„in Ermangelung eines solchen Antrages mit 8tägigem
„bis 4wöchentlichem Gefängnisse bestraft werden."

Das bayerische Strafgesetzbuch droht in Art. 292. des 2ten Theils demjenigen Arrest bis zu 6 Wochen, oder eine Geldbuße von 10 bis 150 fl., welcher Leichen entwendet, mißhandelt, oder sonst zu unerlaubten Zwecken mißbraucht.

Nach dem hannöverischen Entwurfe Art. 290. wird der Diebstahl von Sachen aus und an Gräbern und Grabstätten nach dem höheren oder geringeren Werthe des Entwendeten mit Arbeitshausstrafe von 3 Monaten bis zu 3 Jahren, oder (bei einem Werthe von mehr als 100 Thalern) mit Zuchthaus von 2 bis 8 Jahren bestraft. Sind

Digitized by Google

aber Leichen entwendet, so soll diese That mit 3 bis 6 monatlichem, und wenn sie von Todtengräbern, oder andern Aufsehern begangen worden, mit 6monatlichem bis einjährigem Arbeitshause geahndet werden.

Das Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig vom Jahr 1840 belegt in §. 219 die Entwendung von Leichen, wenn sie in gewinnsüchtiger Absicht geschieht, mit einer Strafe von 6monatlicher bis einjähriger Zwangsarbeit: dagegen, wenn der Thäter einen wissenschaftlichen Zweck hatte, mit einer Gefängnißstrafe von 3 bis 6 Monaten.

Die Entwendung von Sachen aus Gräbern oder Grabstätten wird nach diesem Gesetzbuche, auch wenn der Betrag des Gestohlenen fünf Thaler nicht übersteigt, mit Zwangsarbeit bis zu einem Jahre bestraft.

Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom Jahr 1841, welches am 1. April 1842 ins Leben trat, gibt in Art. 377. folgende Vorschrift:

„Diebstähle, an Gegenständen verübt, welche einer „bereits zu ihrer Ruhestätte gebrachten Leiche beigegeben waren, so wie die Entwendung einer Leiche, „oder eines Theils derselben, werden bestraft:

1) „wenn die Entwendung von Todtengräbern „oder anderen auf dem Friedhofe angestellten „Aufsehern begangen wurde, mit Correktionshaus „von 1 bis 3, oder Zuchthausstrafe bis „zu 8 Jahren;
2) „wenn sie nicht von diesen Personen begangen „wurde, mit Correctionshaus bis zu 3 oder „Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Der Art. 378. desselben Gesetzbuches bestimmt weiter: „Geschah die Entwendung einer Leiche, oder eines „Theils derselben von anderen, als den im vorher„gehenden Artikel unter Nummer 1. genannten Per„sonen, und nicht in gewinnsüchtiger Absicht, ins„besondere zu bloß wissenschaftlichen Zwecken, so tritt „Geldbuße, Gefängnißstrafe, oder Correctionshaus„strafe bis zu 6 Monaten ein."

Das Großherzoglich Badische Strafedict vom 4. April 1803, welches seiner Mangelhaftigkeit ungeachtet in Strafsachen immer noch zur gesetzlichen Norm dient, enthält keine specielle Bestimmung über das in Frage stehende Verbrechen, sondern schreibt nur im Allgemeinen in §. 87, wo es vom Diebstahl an geforderten Orten handelt, vor:

„daß der Diebstahl der Wächter, Nachthüter und „Feldschützen, ingleichen der Boten und dergleichen in Bezug auf das ihnen zur Obsorge Ueber„gebene um die Hälfte höher bestraft werden, als „andere Diebstähle unter gleichen Umständen der „That zu strafen sein würden."

Die Todtengräber werden nun bekanntlich zur Aufsicht auf die Kirchhöfe, und Festhaltung der polizeilichen Vorschriften über die Beerdigungen besonders aufgestellt, und in Pflichten genommen;

Rettig, Polizeigesetzgebung des Großherzogthums Baden, 3te Auflage. Karlsruhe 1839. §. 821.

Die Kirchhöfe und die darauf befindlichen Gräber und Grabmähler sind mithin — als ihrer Aufsicht anvertraut — schon in dieser Hinsicht gefriedete Orte und Gegenstände, abgesehen davon, daß Kirchhöfe an und für sich betrachtet im besonderen Schutze des Staates stehen, und die Eigenschaft gefriedeter Orte haben.

Es dürfte demnach die Beraubung der bereits begrabenen Leichname durch Todtengräber nach Badischer Strafgesetzgebung der Strafe des gemeinen Diebstahls, mit Hinzurechnung der Hälfte dieser Strafe als Erhöhung unterliegen. Daß solche Verbrecher fernerhin nicht mehr in ihrem Amte belassen werden können, versteht sich von selbst; die Entlassung erfolgt von der Polizeibehörde. (†)

Dr. Löw.

Bei A. Bielefeld in Carlsruhe ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Gesetze und Verordnungen
über die
Rechtspolizei-Verwaltung.
Amtliche Ausgabe. geh. 9 kr.

Das Gesetz vom 13. October 1840
über die
Gerichtssporteln in bürgerlichen Rechtssachen,
sammt
Vollzugsverordnungen.
Amtliche Ausgabe. geh. 6 kr.

(†) Der §. 525 des Badischen Strafgesetz-Entwurfes sagt: „Die Beschädigung oder unbefugte Eröffnung eines Grabes wird mit Gefängniß, und wenn damit eine Entwendung aus dem Grabe verbunden war, mit Kreisgefängniß nicht unter 3 Monaten oder mit Arbeitshaus bis zu drei Jahren bestraft." D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 39. Karlsruhe den 24. September 1842.

I.

Kann eine elterliche Theilung wegen einer Verletzung schon zu Lebzeiten der Eltern, oder erst nach ihrem Tode angefochten werden?

Die Pankraz Kempter'schen Eheleute zu Zoznegg theilten am 13. Januar 1837 den größten Theil ihres Vermögens in Form einer Vermögensübergabe unter ihre Kinder dergestalt, daß ihr Sohn Veit Kempter das Vermögen im Stücke erhielt, und dafür seine Geschwister in Geld auslösen mußte. Der Anschlag des übergebenen Vermögens blieb aber weit unter dem wahren Werthe, ja er erreichte nicht einmal die Hälfte desselben. Auf diese Weise wurden die Geschwister des Vermögensübernehmers um mehr als ein Viertheil verkürzt, weil sie durch die ihnen zugewiesene Auslösungssumme weit weniger erhielten, als ihnen zugefallen wäre, wenn die Eltern das Vermögen dem Sohne Veit nach dem wirklichen Werthe übergeben hätten.

Die Tochter Katharina Kempter, geehelicht an Franz Joseph Bischoff in Zoznegg, stellte nun bei dem Bezirksamt Stockach gegen ihren Bruder Veit eine Verkürzungsklage an, und bat um Umstoßung der elterlichen Theilung.

Das Bezirksamt Stockach erkannte jedoch nach gepflogenen Verhandlungen am 2. August 1838:

„Die Klage auf Umstoßung der elterlichen Theilung vom 13. Januar v. J. wegen Verkürzung über ein Viertel findet noch zur Zeit nicht statt, und hat die Klägerin sämmtliche Kosten dieses Rechtsstreits zu tragen."

Der Hauptgrund dieser Entscheidung beruhte auf dem Umstand, daß die Eltern der streitenden Theile noch am Leben seien, und deßhalb von einer Pflichttheilsverletzung keine Rede sein könne, da die Eltern im Stande wären, noch mehr Vermögen zu erwerben, in welchem Falle seiner Zeit erst die Legitima berechnet, sofort auch dann erst beurtheilt werden könne, ob ein Erbe hieran verletzt sei, oder nicht.

Die Klägerin ergriff gegen das Urtheil des Bezirksamts Stockach die Berufung an das Großherzogliche Hofgericht des Seekreises: allein der amtliche Bescheid wurde am 11. Juni 1839 bestätigt.

In der auch hiergegen eingewandten Oberberufung suchte der Anwalt der Klägerin auszuführen, daß — da der Satz 1076. Absatz 2 des Landrechts die Bestimmung treffe, daß Eltern bei Theilungen, die sie zu ihren Lebzeiten vornehmen, nur das schon vorhandene Vermögen unter ihre Kinder vertheilen dürfen, und der Satz 1079 des Landrechts festsetze, daß eine elterliche Theilung angefochten werden könne, wenn eine Verletzung von mehr als einem Viertheil vorliege — eine Verletzung nur an dem gegenwärtigen Vermögen statt finden könne, weil dieses allein durch eine Handlung unter Lebenden als Vermögensübergabe getheilt werden dürfe, und sich hieraus die Folge ergebe, daß eine elterliche Theilung, wo ein Kind über ein Viertheil weniger erhalten habe, als es bei gleicher Vermögenstheilung erhalten haben würde, auch angefochten werden könne, und zwar sogleich, da eine gesetzliche Bestimmung mangle, welche den Gebrauch dieses Rechtsverfolgungsmittels bis zum Tode der Eltern hinausetze.

Daß der Anfechtungsklage nicht erst mit dem Tode der Eltern Eingang verschafft werden wollte, gehe auch aus dem Satze 1077 verglichen mit dem Satze 1079 des Landrechts klar hervor. Der erstere Satz sage nämlich, daß, wenn die Theilung nicht das ganze elterliche Ver-

mögen in sich begreife, derjenige Theil des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens, der nicht vertheilt sei, nach den gesetzlichen Regeln getheilt werden solle. Daraus folge, daß das schon vertheilte Vermögen ausser Anschlag bleibe, und die Uebergabe als ein beendetes Geschäft angesehen werde. Eben deswegen lasse sich auch kein Grund denken, daß, wenn dieses Geschäft als ein vollendetes in Betracht komme, seine Anfechtung im geeigneten Falle bis zum Tode der Eltern verschoben werden solle, zumal der Tod der Eltern nach der allegirten Gesetzesstelle auf die frühere Theilung keinen Einfluß äussere.

Der Grund, daß die Klage sogleich angestellt werden könne, sei auch einleuchtend, indem die Eltern ohne diese Berechtigung die Mehrzahl ihrer Kinder zu Gunsten eines einzigen rücksichtlich ihres Vermögens gefährden könnten. Sie dürften nun, wie in vorwürfigem Falle geschehen, ihr Vermögen weit unter dem wahren Werthe einem Kinde mit der Obliegenheit, die übrigen nach Verhältniß des Anschlags auszulösen, übergeben, und der Uebernehmer dürfte das in Stück übernommene Vermögen veräussern — dann würden die übrigen Kinder nach dem Tode der Eltern ihre Ansprüche an deren Vermögen nicht mehr geltend machen können. Eine solche Umgehung des Landrechtssatzes 913 habe aber der Gesetzgeber durch die Landrechtsätze 1075 und 1076. nicht einführen wollen, vielmehr habe er durch den Satz 1079 des Landrechts einem solchen Versuche einen Damm entgegengesetzt.

In der zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumten Tagfahrt stellte überdies der oberappellantische Anwalt den Grundsatz auf, daß die Anfechtungsklage nach gesetzlichen Bestimmungen an keine feste Zeit gebunden sei. Das Gesetz (Satz 1079 des Landrechts) spreche allgemein und unbedingt. Nur das Vorhandensein einer elterlichen Theilung, welche über ein Viertheil, oder den Pflichttheil verletze, begründet die Anfechtungsklage.

Ob die Verletzung über ein Viertheil, oder die Verkürzung des Pflichttheils vorhanden sei, lasse sich schon zu Lebzeiten der Eltern ausmitteln, und wenn hiernach die Abwartung des Todestages keinen Zweck habe, so sei gar kein Grund vorhanden, die Umstoßungsklage bis dahin zu verschieben.

Der Anwalt des beklagten Oberappellaten wendete dagegen ein, daß bei Lebzeiten der Eltern die Kinder von einer Verkürzung gar nicht reden könnten, weil sie zu dieser Zeit noch kein Recht an dem Vermögen ihrer Eltern hätten. Was ein Kind zu Lebzeiten seiner Eltern erhalte, solle es dankbar annehmen, und nicht als eine Zwangspflicht, sondern als eine freiwillige Gabe (ein Geschenk) betrachten.

Das Urtheil des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 12. Mai 1840 fiel ebenfalls nicht zu Gunsten der Oberappellantin aus, indem die Urtheile der beiden vordern Instanzen lediglich bestätigt wurden.

Die Gründe der oberstrichterlichen Entscheidung waren folgende:

Die Pankraz Kemptee'schen Eheleute von Zoznegg haben durch eine Vermögensübergabe an ihre Kinder, welche die Veranlassung zu dem gegenwärtigen Rechtsstreit gegeben hat, da sie sich des Eigenthums, und des Genusses des übergebenen Vermögens unwiderruflich begeben haben, ihre Kinder in die Rechte und Pflichten von Geschenknehmern gesetzt.

Landrechtssatz 1100 b a.

Es ist hiebei aber nicht zu verkennen, daß diese Vermögensübergabe zugleich eine Theilung des größten Theils des elterlichen Vermögen unter die Kinder, und die Anweisung der einzelnen Loose enthält, und daher auch nach den Bestimmungen der Landrechtsätze 1075. folgende zu beurtheilen ist. Wenn nun auch elterliche Theilungen nach Landrechtsatz 1079 wegen Verkürzung über ein Viertheil, oder wegen Pflichttheilsverletzung angefochten werden können, so versteht es sich doch von selbst, daß diese Anfechtung erst alsdann statt finden kann, wenn die übergebenden Eltern einmal todt sind, weil die Eltern, so lange sie leben, weder zu schenken, noch auf andere Weise ihr Vermögen abzugeben verbunden sind, und die Anfechtung einer freiwillig gemachten Schenkung oder Theilung nothwendig voraussetzt, daß dem Anfechtenden ein Recht zusteht, anstatt der angefochtenen Theilung eine andere zu verlangen.

Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts Band 4. §. 734.

Da sich aus dem eigenen Vortrage der Klägerin ergibt, daß die übergebenden Eltern noch am Leben sind, und da eine Anfechtung der von ihnen gemachten Schenkung oder Theilung wegen Verkürzung über ein Viertheil oder wegen Pflichttheilsverletzung erst dann gegen die

Miterben zulässig ist, wenn der Anfechtende einmal als Erbe auftreten, und überhaupt eine Theilung verlangen kann, so erscheint die gegen die Urtheile der beiden vordern Instanzen aufgestellte Beschwerde rechtlich nicht begründet, und mußten daher diese Urtheile lediglich bestätiget, sofort die Oberappellantin nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung auch in die Kosten des dritten Rechtszuges verfällt werden.

Hienach ist die aufgeworfene Frage in allen drei Instanzen übereinstimmend dahin beantwortet worden, daß eine elterliche Theilung wegen einer Verletzung erst nach dem Tode der Eltern angefochten werden könne, und dies mit vollem Rechte.

Man vergleiche hierüber auch:

Sirey recueil general des lois et des arrêts XXVII. 2. pag. 85. Partage d'ascendans.

Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle par Denevers XXII. 2. 113.

Journal du palais, présentant la jurisprudence de la cour de cassation, et des cours royales par Lebret—Saint Martin 78, 458.

Thilo, französisches Civilgesetzbuch und Handelsrecht Band 2. Erläuterung des Artikels 1079. Nr. 8.

Frey, Lehrbuch des französischen Civilrechts Band 3. §. 812.

De. Löw.

II.

Genügt die Bezeichnung einer Parthie mit ihrem Handelsnamen?

M. A. . . . Söhne in H. belangten einen dortigen Maurermeister auf Entschädigung, weil er bei einer Bauveränderung in ihrem Hause übersehen habe, die nöthigen Stützen unter Deckbalken anzubringen, welche sich deßhalb senkten.

Bei Beurtheilung dieses Rechtsfalls kam auch die Frage zur Erörterung, ob die Bezeichnung der Kläger mit M. A. . . . Söhne und die Unterzeichnung der Vollmacht ihres Anwalts mit der Handelsfirma — genüge?

Obschon diese Frage von der Majorität bejahend entschieden wurde, so dürfte doch Folgendes dagegen sprechen:

Der Zweck der Annahme eines Handlungsnamens ist dessen Gebrauch zu Handelsgeschäften. Anh. S. 20.

In dieser Beziehung verbindet zwar dessen Unterzeichnung sämmtliche Gesellschafter, auch können deren Namen aus dem Gesellschaftsvertrag ersehen werden, Anh. S. 22.; allein da es der Handelsgesellschaften verschiedene gibt, da je nach Verschiedenheit dieser Gesellschaften deren einzelne Mitglieder verschiedene Rechte und Verpflichtungen haben, da Wechsel der Gesellschaftsmitglieder jeder Zeit möglich ist, so wie das Aufhören der Gesellschaft während des Rechtsstreits, s. Anh. S. 20, 23, 24, 26, 27, 43, 46., so wird man auf den Grund des §. 88, 90 der Prozeßordnung mit Recht verlangen können, daß die Namen der einzelnen klagenden (oder beklagten) Gesellschafter (Streitgenossen §. 93, 94 der Prozeßordnung) bestimmt gegeben und auf den Grund des §. 140. Nr. 7, 133, 134 der Prozeßordnung, daß die Vollmacht von einem jeden Gesellschafter (zumal in Rechtssachen, die sich nicht auf Handelsgeschäfte beziehen) unterzeichnet wird.

Wenn nämlich das Gesetz in §. 91 der Prozeßordnung dem Richter die Pflicht auferlegt, für Berichtigung des Legitimationspunkts besorgt zu sein, so bezweckt es damit offenbar die Beseitigung jeden Zweifels darüber, zwischen welchen Personen der Streit geführt werde, gegen oder für welche Personen ein Urtheil ergangen und rechtskräftig also vollziehbar geworden sei — also die Beseitigung des äußerst schädlichen Mißstandes, daß nach Beendigung eines Prozesses darüber ein neuer entstehe, unter welchen Personen jener geführt sei, resp. dessen Ergebniß gelte. Dieser Mißstand wird aber möglicherweise eintreten, sobald nicht gleich beim Beginn eines Rechtsstreits dafür gesorgt wird, daß die Personen, die ihn führen, zum Voraus genau bezeichnet werden.

Man kann zwar einwenden, daß jederzeit aus dem Gesellschaftsvertrage ersehen, also von der Gegenparthie nachgewiesen werden könne, wer Mitglied der streitenden Gesellschaft war, allein diese Nachweisung würde eben auch ein nachträgliches Verfahren, eine Beweiserhebung (§. 436 der Prozeßordnung) nach dem Urtheil nöthig machen, welche das Gesetz verhüten will, also der Richter dadurch, daß er im Voraus für Berichtigung des Legitimationspunkts sorgt, verhüten soll.

Auch wenn Erben einer Person klagen oder belangt werden, kann aus den Akten über die Aufnahme und Theilung des Nachlasses des Erblassers ersehen werden, wer dessen Erben sind und je zu welchem Theile, allein

demungeachtet wird der Richter die bestimmte Bezeichnung der einzelnen Erben gleich beim Beginne des Rechtsstreits auf den Grund des §. 92. Nr. 3 der Prozeßordnung verlangen.

Wollte man die Angabe des Handelsnamens zur Bezeichnung der Parthie gelten lassen, so können namentlich bei Streitigkeiten, die sich nicht auf Handelssachen beziehen, nach beendigtem Prozesse beim Vollzug des Urtheils leicht nachträglich auch noch Streitigkeiten darüber entstehen, in wie weit einer oder der andere Gesellschafter zu der oder jener Prozeßhandlung berechtigt war, ob seine Streitgenossen dadurch verpflichtet werden u. s. w. Landrechtssatz 1857 bis 1860, 577 bb bd. Auch werden Irrungen, wenn die Einrede der entschiedenen Sache, der Rechtsanhängigkeit aus dem Urtheile oder dem Streite geschöpft werden wollen, nicht ausbleiben.

Ja schon im Laufe des Prozesses wird sich zeigen, daß die Bezeichnung streitender, d. h. klagender oder beklagter Handelsgesellschafter mit der Firma nicht genügt.

Eine Handelsgesellschaft besteht jedenfalls aus mehreren Personen. Nun soll die Behändigung der auf die Klage erlassenen Ladung, jedes Versäumungserkenntnisses, des Urtheils — an jeden einzelnen Betheiligten durch den Gerichtsboten bewirkt werden, §. 261, 262 der Prozeßordnung. §. 657 der Prozeßordnung. Art. 2 der Prozeß-Novelle.

Wie kann der Gerichtsbote dieser gesetzlichen Anordnung genügen, wenn ihm die einzelnen Mitglieder der betheiligten Handelsgesellschaft nicht einzeln benannt sind?

Der Richter soll darüber wachen, daß derartige Behändigungen ordnungsmäßig geschehen und auf ihren Grund angedrohte Rechtsnachtheile aussprechen, die Rechtskraft des Urtheils prüfen u. s. w. Wie kann er dies, wenn ihm die einzelnen Personen, welche die klagende oder belangte Gesellschaft bilden, nicht bestimmt genannt sind. Soll er etwa Erkundigungen einziehen, Akten nachschlagen, um das Geheimniß zu entdecken!

Allein dies ist ihm durch §. 427 der Prozeßordnung geradezu untersagt!

Angenommen, es werde im Eingangserwähnten Falle dem Karl A. . . . der Eid zugeschoben und dieser erklärt sich über dessen Annahme nicht. Kann hier der Richter den angedrohten Rechtsnachtheil gegen Karl A. . aussprechen, ohne zu wissen, ob dieser einer der M. A. Söhne ist? Woher soll er dies aber wissen, wenn es nicht in den Akten enthalten ist?

Diese Ausführung wird genügen, zu zeigen, daß es nicht genügt, eine in einem Rechtsstreit befangene Handelsgesellschaft mit der Firma zu bezeichnen, sondern daß deren einzelne Mitglieder handeln und benannt werden müssen. Stempf.

III.

Auszug

aus dem gerichtsärztlichen Superarbitrium des Medizinalrath Dr. Schwörer vom 24. Nov. 1838.

In Untersuchungssachen gegen Nikolaus Mössinger und Joh. Georg Bach von Köndringen, wegen Tödtung des Matthias Schindler.

§. 2.

Bei der Aufstellung der gerichtsärztlichen Fragen die der Lage der, über diesen Criminalfall geführten Akten entsprechen, folge ich der von dem großherzoglichen Physicate Emmendingen gewählten Anordnung derselben, die in keiner Weise zweckmäßiger sein könnte.

1) Welches sind die Ursachen der vorliegenden Verletzung, wie sind dieselben entstanden, von welcher Art dürfte ein etwa hiebei gebrauchtes Instrument gewesen sein, und ist insbesondere das bei den Akten angeschlossene Scheit Eichenholz als das muthmaßliche Instrumentum Delicti anzusehen?

2) Stehen die durch die Obduction aufgefundenen Kopfverletzungen mit dem Tode des Matthias Schindler in einem ursächlichen Zusammenhange, und in welchem? (resp. in mittelbarem oder unmittelbarem?)

3) Welcher Grad der Tödtlichkeit war durch dieselben gesetzt?

§. 3.

Wie sind die an der Leiche des Matthias Schindler vorgefundenen Kopfverletzungen entstanden, und, wenn eine vis illata dabei erkannt wird, welches Instrument wurde dazu gebraucht?

Es kann — bei dem Zusammenhalten aller der, den Vulneraten betreffenden, Umstände, die sein Verhalten während der fraglichen Rauferei bezeichnen, insbesondere seines kräftigen Auftretens, wenige Minuten bevor er für immer an dem Hause des Schmidt Huber niedersank, mit den ausgedehnten Störungen der Continuitaets- und

Contiguitäts-Verhältnisse, die man an dem Kopfe der Leiche fand — in der That keinem Zweifel unterliegen, daß zur Hervorbringung solcher Verletzung die Wirkung einer äussern, und zwar intensiv sowohl als extensiv bedeutenden, Gewalt nöthig war.

Nichtsdestoweniger entstehen hier in Bezug auf die speziellere Weise ihrer Entstehung Zweifel, die zur Würdigung der Thatsache selbst von großem Belange sind.

Es fragt sich hier: sind die vorgefundenen Verletzungen alle in einem und demselben speziellen Momente einer Rauferei entstanden, die an verschiedenen Stellen begonnen, fortgesetzt und vollendet wurde, oder liegt in der Beschaffenheit- und Ausdehnung der Läsionen ein Grund zur Annahme, daß sie das Resultat verschiedener Angriffe seien? Ferner entsteht die weitere Frage: ist das Niedersinken des Schindler am Hause des Schmidt Huber bedingt gewesen, durch das gewaltsame Anstoßen seines Kopfes an die Wand jenes Hauses, oder hat dabei überhaupt ein zerschmetterndes Instrument mitgewirkt.

Die Annahme, daß bei den in Frage stehenden Streithändeln der Vulnerat mehrern, nicht gleichzeitig stattgehabten Angriffen ausgesetzt gewesen sei, wird durch die in den Akten verzeichneten Umstände nicht ausgeschlossen, während die Extensive der Verletzungen die eines mehrfachen gewaltsamen Einwirkens postulirt.

Man bedenke, daß sechs mehr oder minder große Fissuren, fünf an verschiedenen Stellen der Schädelhöhle abgelagerte Extravasate, zwei Splitterungen und eine Zerreissung der Hirnhäute, wie dieselben im §. 2 des Physicats-Berichtes S. 430—434. sub. lits: a—q verzeichnet sind, nebst zwei äussern Wunden, nicht alle auf einen Streich, ja selbst nicht auf zwei unmittelbar wiederholte Streiche erfolgen können!

Es geht aus verschiedenen Stellen der U. A. hervor, daß sowohl vor dem Rebstockwirthshause, als auch auf der Dorfstraße Schläge und zwar mit Prügeln ausgetheilt wurden, und namentlich sah man nicht nur mehrere s. g. Spälte herumliegen *), sondern man bemerkte auch solche in den Händen des Adam Peter und anderer. Namentlich gibt der genannte Adam Peter S. 53. selbst an, daß, als er und Schindler aus dem Rösslewirthshaus heraustraten, mehrere junge Pursche mit Prügeln bewaffnet dagestanden wären, und heftigen Lärm angefangen hätten.

Es ist daher, nicht ohne Grund, zu vermuthen, daß der Vulnerat schon bereits in dem am Rebstockwirthshause und auf der Dorfstraße stattgehabten Mêlée getroffen worden sei, bevor sein gesonderter Kampf mit dem deßhalb bezeichneten Nikolaus Mössinger, vor dem Hause des Schmidt Huber, begann, während dessen jener zu Boden sank.

Die weitere, in die unter diesem §. abgehandelte Hauptfrage involvirte spezielle Frage: ob der entscheidende Moment des Niedersinken des Vulneraten am Hause des Schmidt Huber, durch dessen Anstoßen an die Mauer, oder durch weiteres Einwirken eines zum Niederschlagen geeigneten Instrumentes bewirkt worden sei? — läßt sich durchaus nicht mit Sicherheit auf eine oder die andere Weise entscheiden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die beiden Streitenden mit Heftigkeit an die Wand anstießen, denn die Frau des Schmidt Huber, welche innerhalb derselben, und zwar an dem zweiten verschlossenen Fenster ihrer Schlafstube stand, verspürte die durch den Akt entstandene Erschütterung deutlich. (pag. 118. d. U. A.) und es ließe sich daher, wenn diese Erschütterung wirklich durch den anstoßenden Kopf des Schindler bewirkt wurde, und wenn überdem eine früher erlittene Verletzung resp. Fissur u. s. w. voraus gesetzt werden dürfte, die Vergrößerung der letztern und das dadurch bewirkte Zusammensinken des Vulneraten wohl erklären. Für sich allein kann jenes Anstoßen an die Mauer aber nach meinem Dafürhalten die ganze Summe der Verletzungen eben so wenig pruducirt haben, als der eine oder der andere Schlag, den Schindler allerdings in diesem Augenblick erhalten zu haben scheint. (p. 118. Dep. d. obenerw. Frau u. a. a. O.). Die Gewalt dieser Streiche läßt sich freilich durch nichts bestimmen, — in so fern ja selbst die Identität des bei den Akten liegenden Holzscheites mehr als zweifelhaft ist, — allein es ist auch sehr zweifelhaft, ja selbst unwahrscheinlich, daß sie mit aller jener Intensität eingewirkt habe, die eine andere Lage und Stellung des Verletzten ceteris paribus allerdings gestattet haben würde. In diesem Falle aber stand, oder war der Verletzte an die Wand gedrückt, der herbeikommende Dritte müßte doch wohl die Absicht haben, einem der beiden Ringenden zu helfen, von denen namentlich der Gegner des Schindler diesen letztern am Halse gefaßt

*) Zwei wurden zu Gerichtshanden genommen. (p. 15. d. U. A.)

hatte, und konnte daher nicht so ohne alle Mäßigung auf die Gruppe losschlagen, indem er dadurch Gefahr laufen mußte, den Unrechten zu treffen, was unter solchen Umständen in der That selbst als möglich gedacht werden muß.

Hat jedoch schon eine frühere Verletzung des Zusammenhanges in den Knochenpartien des Kopfes des Vulneraten, entweder durch vorangegangene Schläge oder das Anstoßen an die Mauer, oder durch beides zugleich statt gefunden, dann läßt sich wohl annehmen, daß durch wenige noch hiezu erhaltene Schläge die Verletzungen vergrößert und das Niedersinken bewirkt wurde. — Jedenfalls dürfte aus dem gesagten, im Rückblick auf die Menge und den Umfang der einzelnen, diesen Fall constituirenden Läsionen, das Bestreben als vergeblich erkannt werden, einen einzelnen Moment tödtlich einwirkender Gewaltthat aufzufinden. So wie in diesem Falle, wie wir unten zeigen werden, die von dem Großherzoglichen Physikate richtig als absolut bezeichnete Tödtlichkeit, eine collective ist, so ist auch ohne Zweifel die stattgehabte Gewalt, durch die jene Läsionen gesetzt wurden, eine collective*)

Im Betreffe der speziellen Beschaffenheit des Instrumentes durch dessen Gebrauch zur Hervorbringung der fraglichen Läsionen mitgewirkt sein mochte, läßt sich, wie auch das Großherzogliche Physikat sehr richtig bemerkt, nichts bestimmtes sagen. Um jene Läsionen allein und in wenigen Streichen hervorbringen zu können, mußte es, ein massives, quetschendes, zerschmetterndes Instrument sein; entstanden aber, wie es annehmbar ist, die Läsionen in verschiedenen Momenten, und unter Mitwirkung des Anstoßens des Kopfes an die Mauer, dann konnte es irgend ein gewöhnlicher Prügel sein, deren sich diese jungen Pursche gewöhnlich bei Raufereien bedienen, und deren wie ich oben bemerkte, nach einer Dep. p. 53 auch, in diesem Falle bei mehrern dabei anwesenden jungen Purschen bemerkt wurden.

Das den Akten angebundene Scheit Eichenholz, als muthmaßliches Instrumentum delicti, anlangend, ist es mir, im Rückblick auf das bisher Gesagte, unmöglich, etwas bestimmtes mit Gewissenhaftigkeit auszusprechen. Daß man damit einen Menschen todtzuschlagen im Stande wäre, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Daß aber gerade mit diesem Holz ein Todtschlag wirklich verübt worden sei, läßt sich weder aus den Akten noch an dem Holze selbst erkennen. Man fand dasselbe mehr als 12 Stunden später in dem durch Köndringen fließenden Bache, dasselbe hatte eine ähnliche Form wie das Instrument, welches die Hubersche Ehefrau in der Nacht durch das Fenster in der Hand eines Purschen gesehen haben wollte, allein bezeichnende weitere Umstände sprechen eben so wenig für dieses Instrument als für irgend ein anderes. Das Großherzogliche Physikat sagt in einem besondern Augenschein pag. 324 und 325 „es finden sich Flecke daran, welche nach genauer Untersuchung der Farbe und des Gehaltes als Blutflecke, welche durch das Wasser etwas abgespült worden sein müssen, sich verhielten.“ Allein wie konnte man den Gehalt einer Materie untersuchen, die bereits vom Wasser abgespült ist? nachdem das Scheit mehr als 12 Stunden im Wasser lag? u. s. w. Das Großherzogliche Physikat hat sein Verfahren jene Materie zu erkennen, überdies nicht angegeben. Was mich anbelangt so habe ich einige kaum sichtbare schmutzige Stellen, an der vordersten Kolbe nach außen befindlich, mit Essig überschüttet, und dabei einen einzigen 7‴ breiten Fleck gefunden, der eine dunklere Farbe annahm und von etwas bräunlichem Schmutze herzurühren schien; allein seine Beschaffenheit läßt sich nicht erkennen. Am convexsten Rande des Holzes hängen an einem losen Holzsplitter zwei Haare**), und an dem Stiele sind in verschiedenen Zwischenräumen die Stellen erkennbar, an denen beim Spalten die dazu gebrauchten Keile eingetrieben wurden.

Ich habe diese angeführten Stellen des vorliegenden Holzes mit kleinen Papierchen bezeichnet, kann aber hieran lediglich keinen Grund auffinden, gerade dieses Instrument für dasjenige anzusehen, mit welchem dem Schindler die fraglichen Verletzungen beigebracht worden sein sollen.

*) Vergl p. 437. Gutachten des Großherzoglichen Physikats, welches dieser Ansicht nicht widerspricht.

**) Das eine Haar ist etwas dicker als das andere; beide sind mit der Loupe betrachtet von brauner ins rothgelbe ziehender Farbe. Die Farbe der Haare des Matthias Schindler ist weder im ersten noch im weitern Inspectionsprotokoll unter den Charakteren seines äußern Habitus angegeben.

Hier dürfte der Ort seyn, auch auf die noch weiter betheiligten Personen in vorliegender Nachschrift einen Blick zu werfen, um so mehr, als die so eben vorgenommene Erörterung über die Qualität der muthmaßlich stattgehabten Gewaltthätigkeit und das Instrumentum delicti solches noch insbesondere erheischt. Wir sehen bei der ganzen Rauferei die Theilnehmer auf dreierlei Weise thätig. Sie sind Angreifende, den Streit Annehmende, und Abwehrende. Unter den Angreifenden waren besonders Adam Peter und Matthias Schindler. Es liegt vor, daß (Seite 186) Christian Limberger, der mit J. Georg Mössinger und Huber aus dem Kögelwirthshaus kam, und gegen das Rößlewirthshaus lief, mit blutendem Kopfe zurückkam. Hinter ihm kam Adam Peter, und gerieth mit J. G. Mössinger, zu dem jetzt noch Nicolaus Mössinger sich gesellte, vor dem Rebstockwiethshause in Wortwechsel. Hier erhielt Michel Huber einen Streich von Adam Peter mit einem Bengel auf den Kopf, so daß ihm die Kappe in den Bach fiel; auch erhielt ee einen Steinwurf. Adam Peter erhielt (Seite 54) mit einem Stock einen Streich auf die Nase. Es engagirte sich also zuerst offenbar ein Streit zwischen zwei Partien, wovon die eine aus dem Rößlewirthshaus, die andere aus dem Kögelwirthshaus kam, von denen offenbar die erstern, Adam Peter und Schindler die Angreifenden, die letztern aber, Limberger, Huber, Georg Mössinger die den Streit Annehmenden waren. Vor dem Rebstocke gesellte sich eine dritte Partie hinzu und hier wurde der Streit fortgesetzt, indem Einzelne den Angegriffenen halfen, (wie z. B. Nicolaus Mössinger Denen, bei denen sein Bruder, Joh. Georg Mössinger, war), Andere hingegen abwehrten, wie Joh. Georg Boch, der vor dem Rebstockwirthshause dazwischen sprang und den Nicolaus Mössinger, welcher schon hier mit Schindler angebunden hatte und mit diesem zu Boden gekommen war. S. 54, 55, nach Aussage des Adam Peter selbst, S. 54, am Tisch oben zurückriß. Hier sah weder Dieser, noch ein Anderer einen Stock bei Johann Georg Boch. Später kamen Schindler und Nic. Mössinger wieder aneinander. Letzterer drängte den Schindler nach der Straße und an das Haus des Schmidt Huber und dort sank Jener, in Folge erlittener Gewalt — ob nun vorzüglich durch die der frühern Streiche und des Falles, der vorher stattgefunden, ob durch den Stoß an die Wand, oder endlich durch die weitern Schläge, die er durch einen Dritten erhielt, schwer verletzt zu Boden.

Betrachten wir den ganzen Vorgang, ohne eine vorausgefaßte Meinung mitsprechen zu lassen, so liegt kein Grund gegen die Annahme vor, daß der bei den Akten liegende Spalter, wenn überhaupt damit geschlagen wurde und wenn der an demselben befindliche Fleck wirklich Blut ist, was aber noch sehr zweifelhaft ist, ebensogut dem Peter Adam zum Zuschlagen auf den Michael Huber, der eben gerade am Bache stand, oder einem Andern zu ähnlichem Zwecke dienen konnte, als jenem nicht bekannten Dritten, der auf den Matthias Schindler, während seines letzten Kampfes mit dem, dies jedoch in Abrede stellenden Nicolaus Mössinger, losgeschlagen haben soll.

Da es in dieser Rauferei noch mehrere andere blutige Köpfe gab, wovon die Spuren noch sichtbar waren, konnte das an dem vorliegenden Holze befindliche Blut, wenn es wirklich solches gewesen seyn sollte, auch von jenen herrühren.

So viel ist klar, daß in einer Rauferei von der Art, wie die vorliegende, wo die Sache mit einem Mêlée ausgeht, jeder Einzelne nicht einmal sein eigenes Verhalten, noch weniger das der übrigen genau anzugeben weiß, und daß daher im inquisitorischen Theil der Akten wenige Aufschlüsse über den ursächlichen Verband des That-Objectes, des muthmaßlichen Instrumentes und der Person des Thäters zu finden sein können, wenn die physikalischen Kennzeichen mangeln. In vorliegender Untersuchung ist dies der Fall. Wir erkennen an der Leiche des Matthias Schindler die Merkmale einer erlittenen und wahrscheinlich aus mehrern Momenten zusammengesetzten Gewaltthat; allein es bestehen weder an dem vorgelegten Instrumente sichtbare, noch sonst bei der Untersuchung erhobene physikalische Momente, welche das oder die zur Vollführung der Gewaltthätigkeit gebrauchten Instrumente, und sofort die Urheber der stattgehabten Verletzungen erkennbar machen würden.

Wir gehen zur Erörterung der Fragen über die Wirkung und die gerichtlich-medicinische Bedeutung der an der Leiche des Matthias Schindler gefundenen Verletzungen über.

§. 4.

Stehen die fraglichen Verletzungen mit dem Tode des Vulneraten im urſächlichen Zuſammenhange und in welchem? resp. trat in Folge derſelben der Tod ein und auf welche Weiſe wurde er durch ſie bewirkt.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Tod des Matthias Schindler durch die bei der Obduction vorgefundenen, mehrerwähnten Verletzungen herbeigeführt worden. An ſeinem ganzen übrigen Körper fand ſich nichts weiteres Krankhaftes oder Abnormes, als ein veralteter Leiſtenbruch (S. 78). Den Tag über hatte er beim Tanze Muſik gemacht und war kurze Zeit vor der ſtattgehabten Rauferei geſund und munter. Die vorgefundenen Verletzungen konnte er nicht vorher erhalten haben, denn ſonſt müßten ſie die gleiche Wirkung auch vorher hervorgebracht haben, und ſie waren, wie wir im folgenden Paragraphen zeigen werden, zur Aufhebung des Lebens vollkommen hinreichend, — alſo ſtehen die, während der zur Unterſuchung vorliegenden Streitigkeiten resp. in einem oder in verſchiedenen Momenten derſelben an dem Kopfe des Schindler entſtandenen und durch äußere Gewalt hervorgebrachten Verletzungen mit den darauf folgenden krankhaften Erſcheinungen in urſächlichem Zuſammenhang, und zwar mit dieſen in unmittelbarem, mit dem dadurch herbeigeführtem Tode in mittelbarem Cauſalverband.

Hierin ſtimme ich dem Großherzoglichen Phyſikate vollkommen bei; dagegen kann ich ſeine Anſicht in Bezug auf die nächſte Urſache des Todes nicht theilen. Ich habe ſchon in der Einleitung gezeigt, daß das Vorhandenſein einer Gehirnerſchütterung, obgleich ſie der Natur der Verletzung nach aus pathologiſchen Gründen nicht zu bezweifeln ſtehe, dennoch aktenmäßig nicht nachgewieſen werden könne, da einerſeits der Zuſtand des Vulneraten zwiſchen dem Moment der Verletzung und dem des Todes nicht beſchrieben iſt, andererſeits unter der Summe der Verletzungen ſolche vorkommen, welche zwar das Mitwirken der Erſchütterung zum Tode vorausſetzen laſſen, die jedoch ſchon ohne dieſe Vorausſetzung hinreichen, den deletilen Erfolg zu erklären. Die in dem Gutachten des Großherzoglichen Phyſikates unter lit. d angeführte Trennung der Schädelknochen aus der Contiguität der Kreuznaht bis zur Basis cranii, des damit verbundenen Extravaſates lit. i von 3½ Unzen; die Zerreißung der Gehirnhäute lit. h und das Eindringen des Extravaſates unter dieſelben bis in die Gehirnmaſſe, ſind als die wahren Todesurſachen, und zwar zunächſt ſichtbare Zerreißung der Hüllen und Gefäße des Gehirnes und Druck auf daſſelbe, namentlich in Bast cranii, bewirkend, anzuſehen. Daß bei einer Gewalt, welche ſolche Zerſtörungen hervorzubringen vermochte, nicht auch die feinern Cohäſions-Verhältniſſe des Gehirnes gelitten haben, resp. das, was man gewöhnlich Gehirnerſchütterung zu nennen pflegt, mit ſtattgefunden haben ſollte, wird wohl nicht in Abrede geſtellt werden können. Allein einmal könnte dieſe unterſtellte Erſchütterung, ohne die wirklich räumliche Veränderung wie der normalen Anordnung der äußern und innern Theile des Kopfes, im vorliegenden Falle nicht als alleinige Todesurſache angeſehen werden, da man ihren ſpeciellen Grad nicht mehr beſtimmen konnte, anderntheils aber bedarf es ihrer Annahme nicht zur Erklärung des eingetretenen Todes. Große Extravaſate haben beſtanden, ein förmliches Spalten des Schädels bis zur Basis cranii, Zerreißungen der Häute fanden ſtatt, und der Zuſtand des Vulneraten nach der Verletzung, ſein Röcheln, das Hängen auf eine Seite, deuten mehr auf Hirndruck. Dieſer letztere, veranlaßt durch ausgebreitete Extravaſate u. ſ. w., muß als die vom gerichtsärztlichen Standpunkte aus erkennbare Todesurſache angeſehen werden, wenn wir in Bezug auf die genauere forenſiſche Charakteriſirung einig ſein ſollen, nämlich wenn ſie, wie nicht zu bezweifeln ſteht, als eine abſolute betrachtet werden ſoll.

Da ſich hier die Controverſe um ein Zwiſchenglied in der gerichtsärztlichen Aetiologie dreht, und ich mit dem Vorderſatze des Großherzoglichen Phyſikates, „daß der Tod des M. Schindler mit den, durch die vorgefundenen Verletzungen geſetzten pathologiſchen Veränderungen in den Vitalitäts- und Cohäſions-Verhältniſſen ſeines Gehirnes in urſächlicher Verbindung ſtehe“, ſo wie mit deſſen Schlußfolge in Bezug auf den Grad der Tödtlichkeit einverſtanden bin; ſo ſei es mir erlaubt, mit Umgehung einer weitern Discuſſion, auf dieſe letzte der obſchwebenden medico-forenſiſchen Fragen überzugehen. (Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 1. October 1842.

I.

Auszug
aus dem gerichtsärztlichen Superarbitrium des Medizinalrath Dr. Schwörer vom 24. Nov. 1838.

(Schluß.)

§. 5.

Es würde überflüssig sein, den Ausspruch des Großherzoglichen Physikats in Betreff des Grades der Tödtlichkeit der fraglichen Verletzungen näher begründen zu wollen. Dasselbe hat mit musterhafter Klarheit und der wahrer Erfahrung entsprossenen Sicherheit dargethan, daß in diesem Falle die vis medicatrix naturae auch von der zweckmäßigsten Hülfe ärztlicher Kunst unterstützt, eine Rückbildung der krankhaften Veränderungen der Organisation des edelsten Körpertheiles zu vollbringen nicht vermögend gewesen sein würde. Namentlich muß diese Behauptung von einzelnen Theilen dieser collektiven Verletzung, und daher um so mehr von allen im Connex befindlichen gelten. Die wichtigste dieser Verletzungen ist ohne Zweifel das Auseinanderweichen der Kranznaht von der Mitte des linken Astes bis zur Basis cranii der andern Seite. Es ist hier zwar das Uebergehen der Trennung in die Basis cranii etwas unklar, indem sich die Kranznaht am vordern untern Winkel des Os bregmatis endet. Allein hier scheint der Spalt zwischen dem mittlern Flügel des Keilbeins und dem Schuppentheil des Schläfebeins bis an den Grund des Schädels fortzuziehen und sich dort in mehrern Aesten theils gegen die vordere Fläche des Felsenbeins, theils gegen das foramen spinosum zu enden. Die Extravasate sind höchst bedeutend; 3½ Unze auf der rechten Gehirnhälfte, und hier durch einen Riß der Gehirnhäute selbst in die Substanz des Gehirnes eindringend; 1½ Unze auf dem Sensorium cerebelli bis gegen den processus ensiformis des Keilbeins sich erstreckend, ein drittes von einer Drachme auf der Basis cranii; ein viertes zwischen den Windungen des vordern und mittlern Gehirnlappens! Die zerrissenen Gefäße sind nicht angegeben: wahrscheinlich waren mit Zweige der Meningea media oder diese selbst verletzt.

Verletzungen der Continuität und Contiguität des Schädels bis in die Basis cranii, in Verbindung mit Extravasaten von solchem Umfange, wie lit. d, l, m, n, o und q, führen unter allen Verhältnissen den Tod herbei. Das Mitvorhandenseyn kleinerer Fissüren u. s. w. kann natürlich den Grad der Lethalität nur steigern.

Im vorliegenden Falle besteht, sowohl durch die so eben bezeichneten einzelnen Verletzungen, als durch die Summe aller vorgefundenen, absolute Tödtlichkeit.

§. 6.

Wiederholung.

Am Schlusse einer gerichtsärztlichen Untersuchung, deren Gegenstand durch den Umfang und die große Anzahl seiner Details vielseitige Erörterungen nothwendig macht, — in welcher wiederholte Legalinspektionen und die Aussagen von 33 Zeugen unsere Aufmerksamkeit in Anspruch genommen und in verschiedenen Richtungen distrahirt haben, dürfte das Zusammenfassen der zerstreuten Aussprüche in einzelne Schlußsätze um so nothwendiger sein, als mit der in einem solchen Falle zur Pflicht gewordenen Genauigkeit eine ungewöhnliche Ausführlichkeit der Darstellung unausweichlich verbunden sein zu müssen scheint.

Werfen wir daher einen Rückblick auf die Incidenzpunkte der vorliegenden Untersuchungssache, so ergeben sich aus den hierüber geführten Disquisitionen, entsprechend den

im §. 2 dieser Relation aufgestellten gerichtsärztlichen Fragen — folgende entscheidende Sätze:

1) Wir erkennen allerdings an der Leiche des Mathias Schindler die Merkmale erlittener Gewaltthat; allein weder das Ergebniß der gerichtsärztlichen Legalinspektion und Sektion, noch der inquisitorische Theil der Akten deuten einen einzelnen distinkten Moment tödlich einwirkender Gewaltthat mit Sicherheit an; vielmehr hingegen gestattet die Menge und der Umfang der einzelnen diesen Fall constituirenden Läsionen die Annahme collektiver Einwirkung mehrerer verletzender Momente.

Ebenso bestehen weder an dem vorgelegten Instrumente sichtbare noch sonst bei der Untersuchung sich herausstellende physische Momente, welche das, oder die, zur Vollführung der Gewaltthätigkeit gebrauchte, Instrumente und sofort die Urheber der stattgehabten Verletzungen erkennbar machen würden.

2) Das Auseinanderweichen der Kranznaht von der Mitte ihres linken Astes bis zur basis cranii der andern Seite, und die hierdurch, sowie durch einige weniger bedeutende Fissuren und Splitterungen entstandenen, und selbst in die Hirnsubstanz eindringenden großen Extravasate sind die Ursachen des Todes des Math. Schindler und dieser letztere steht daher mit jenem, oder wahrscheinlich jenen, verschiedenen Momenten einwirkender äußerer Gewalt, wodurch die obgedachten Verletzungen gesetzt wurden, in mittelbarem aber nothwendigem Causalnexus.

3) Die im vorigen Satze unter einem Ueberblicke zusammengefaßten Läsionen würden unter allen Verhältnissen den Tod herbeigeführt haben, es bestand daher im vorliegenden Falle absolute Tödtlichkeit.

II.

Entwurf einer Belehrung über die Appellations-Fatalien im ordentlichen Verfahren. (Im abgekürzten Verfahren treten die nämlichen Vorschriften ein, außer daß die Anmeldungsfrist Nr. 1 nur 8 Tage und jene zur Beschwerdeausführung Nr. 10 nur 21 Tage beträgt. §. 1206.)

1) Anmeldungsfrist. Die Appellation muß innerhalb einer Nothfrist von 14 Tagen angemeldet werden. (§. 1187.)

2) Anfang derselben. Diese Anmeldungsfrist läuft vom Tage der Urtheilsverkündung an, wenn die Parthei, welche appelliren will, bei der Urtheilsverkündung selbst zugegen war. (§. 1190.)

3) War die Parthei bei der Urtheilsverkündung nicht anwesend, so hat die etwa an ihren Anwalt geschehene Verkündung noch nicht die Folge, daß die Appellations-Anmeldungsfrist zu laufen anfängt, sondern diese nimmt in einem solchen Falle ihren Anfang erst an dem Tage, an welchem ihr das Urtheil eingehändigt wurde (§. 384 a.), wenn nicht sie selbst etwa vorher schon das auf anderm Wege (z. B. durch ihren Anwalt) ihr zugekommene Urtheil der Gegenparthei einhändigen ließ, in welchem Falle der Tag, an welchem sie diese Einhändigung an die Gegenparthei bewirkte, auch für sie selbst als Anfang der Appellations-Anmeldungsfrist gilt. (§. 1192.)

4) Derjenigen Parthei, welche im Ausland ihren Wohnsitz hat und deshalb für den Empfang aller Einhändigungen einen Gewalthaber besonders aufstellte (§. 279 ꝛc.), läuft die Frist von dem Tage an, da das Urtheil diesem Gewalthaber eingehändigt wurde, eben so, als wenn es ihr selbst eingehändigt worden wäre. (§§. 279. 281 und 1190.)

5) Zusatztage. Der Anmeldungsfrist von 14 Tagen wird für je 6 Stunden der Entfernung des Wohnsitzes des Appellanten oder seines unter Nr. 4 erwähnten Gewalthabers vom Sitze des Gerichts ein weiterer Tag beigerechnet. (§. 1191.)

6) Wo die Anmeldung zu geschehen hat. Die Appellations-Anmeldung hat bei demjenigen Gerichte, gegen dessen Erkenntniß appellirt wird, zu geschehen; doch kann der Appellant eine schriftliche Appellations-Anzeige auch der Gegenparthei durch einen Gerichtsboten einhändigen lassen. (§. 1188.)

7) Inhalt derselben. Die Anmeldung hat die Theile des Urtheils, gegen welche appellirt wird, zu bezeichnen, sonst wird angenommen, daß sie gegen alle nicht ganz nach den Anträgen des Appellanten gegebenen Bestimmungen desselben gerichtet sey, und begründet für den Gegentheil das Recht der Anschließung in eben demselben Umfange, wenn gleich der Appellant später in der Beschwerdeschrift das Rechtsmittel nicht gegen alle diese Theile richtet. (§. 1189.)

Digitized by Google

8) Frist zur Einreichung der Beschwerdeschrift. Von dem nämlichen Tage an, mit welchem die Appellations-Anmeldungsfrist beginnt, läuft dem Appellanten auch eine Frist von 42 Tagen zur Einreichung der Appellations-Beschwerdeschrift.

Die unter Nr. 7 erwähnten Zusatztage finden zu diesen 42 Tagen nicht statt (§. 1195.)

9) Wo die Beschwerdeschrift einzureichen ist. Die Appellations-Beschwerdeschrift muß bei dem Obergerichte, an welches die Appellation ergriffen wird, übergeben werden, und zwar durch einen der bei diesem Obergerichte aufgestellten Advokaten. (§. 1103.)

10) Unerstrecklichkeit beider Nothfristen. Die Nothfrist zur Einreichung der Appellations-Beschwerdeschrift kann eben so wenig, als jene zur Appellations-Anmeldung, von irgend einem Gerichte verlängert werden. (§. 245.)

Der Appellant muß daher sich frühzeitig an einen Advokaten wenden, und ihm die erforderlichen Aufschlüsse geben, damit derselbe noch innerhalb der unerstrecklichen gesetzlichen Nothfrist die Beschwerdeschrift verfassen und einreichen kann.

11) Zulässigkeit der Beschwerdeschrift bei versäumter Anmeldung. Ist die Frist zur Anmeldung versäumt, so ist gleichwohl die Einreichung der Beschwerdeschrift innerhalb der Nothfrist von 42 Tagen noch zulässig (§. 1196), in diesem Falle aber die pünktliche Beihaltung dieser letztern Frist um so nothwendiger, als, wenn beide Fristen versäumt sind, selbst die gemeine Wiederherstellung nicht mehr stattfindet. (§. 1205.)

12) Was die obsiegende Parthei zu beobachten habe. Diejenige Parthei, welche mit dem Urtheil zufrieden ist, hat, wenn der Gegentheil die Appellation ergreift, erst alsdann, wenn ihr das Obergericht etwas auferlegt, dieses zu thun, und zu diesem Zweck nach erhaltener oberrichterlicher Verfügung sogleich einen Advokaten aufzustellen.

13) Indessen hat die mit dem Urtheile zufriedene Parthei da, wo dasselbe nicht der Gegenparthei selbst eröffnet wurde, darauf zu wachen, daß es ihr oder ihrem zum Empfang der Einhändigungen bestellten Gewalthaber (Nr. 4) schriftlich eingehändigt wird, da es vorher in der Regel keine Rechtskraft erlangt. (§. 1190 und oben Nr. 3.) Sollte die schriftliche Einhändigung vom Gerichte gegen die Vorschrift des §. 384 der Prozeßordnung aus Versehen unterlassen worden seyn, so hat die obsiegende Parthei dieselbe zu betreiben.

14) Eben so hat, um einen sichern Rechtszustand zu erlangen, die mit dem Urtheile zufriedene Parthei da, wo der Gegentheil die Appellation zwar zur rechten Zeit angemeldet, aber die Beschwerdeschrift nicht zeitig übergeben hat, um Verfallen-Erklärung der Appellation bei dem Richter, gegen dessen Erkenntniß appellirt wird, nachzusuchen (§. 1201), und sodann zu veranlassen, daß der Beschluß, wodurch die Appellation verfallen erklärt wurde, dem Gegentheil oder jenem für Empfang von Einhändigungen aufgestellten Gewalthaber (Nr. 4) gegen Bescheinigung zugestellt werde. (§. 1202.) J.

III.

Zur Ablegung eines Geständnisses in der mündlichen Schlußverhandlung bedarf der Anwalt einer Special-Vollmacht, wenn die Thatsache, welche zugestanden wird, bereits veneinend beantwortet ist. (§§. 1117. 1118 und 1096 und 224 der Prozeß-Ordnung.)

Zur Ablegung eines Geständnisses bedarf der Anwalt nach §. 142, Abs. 12 der Prozeßordnung einer Specialvollmacht; in der Anwendung leidet diese Vorschrift durch die nachfolgenden Bestimmungen der §§ 148—155 in so weit eine Beschränkung, als hiernach der Anwalt in seiner Antwort auf die thatsächlichen Erklärungen der Gegenparthei wirksame Geständnisse ablegen kann, mit Vorbehalt des Rechts seines Vollmachtgebers, diese Geständnisse nach erlangter Kenntniß innerhalb der prosigirten Fristen zu widerrufen — Annalen III. S. 299; VI. S. 65. —

Mit dieser Modifikation des §. 142, Abs. 12 suchen hie und da die Anwälte, welche zuviel dem Worte des Gesetzes huldigen, den §. 1118 in Einklang zu bringen in jenen Fällen, wo ihr Gegner in der mündlichen Rechtsausführung ein Geständniß vorgetragen hat, welches mit den Erklärungen auf die Klage oder das spätere thatsächliche Vorbringen des Gegentheils geradezu im Widerspruch steht.

Gestützt auf §. 1118 wird bei dem Obergericht der Antrag gestellt, das neu abgelegte Geständniß zu protokolliren.

Dieser Antrag beschränkt sich beinahe jedesmal im Resultate auf eine nutzlose Beschäftigung des Protokollführers und nebenbei auf ein entbehrliches dramatisches Exercitium des darauf bedachten Anwalts.

Einem solchen erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Geständniß gebricht es an dem animus confitendi, und es gleicht, da es mit der früheren protokollarischen Erklärung in Gegenstoß tritt, einem Widerruf, wozu nur die Parthei oder ein mit Specialvollmacht versehener Anwalt legitimirt ist; hat der Anwalt (oder die Parthei selbst) die Thatsache, welche er zugestehen will, früher widersprochen, so ist anzunehmen, daß er dieses nach der ihm ertheilten Information gethan habe; die Erklärung des Anwalts ist zugleich die Erklärung des Vollmachtgebers selbst — ipse fecit qui per mandatarium fecit.

Will nun später der Anwalt seine Erklärung zurücknehmen und die widersprochene Thatsache zugestehen, so trifft hiefür der §. 142 der Prozeßordnung direkt ein. Ein Widerruf von Vertheidigungsmitteln, unter welche die negative Litiscontestation hauptsächlich gerechnet wird, ist ein Verzicht, und zu einem gültigen Verzicht hat der Anwalt eine specielle Ermächtigung vorzulegen. Wenn nicht sogleich in derselben Tagfahrt die Specialvollmacht vom Anwalt producirt wird, sollte der Richter auf ein Geständniß im Laufe der mündlichen Rechtsdeduktion keine Rücksicht nehmen, jedenfalls steht es dem Anwalt, von welchem das Geständniß vorgetragen worden sein soll, zu, sein noch nicht protokollirtes Geständniß zu widerrufen und darauf hinzuweisen, daß er dasselbe ohne Auftrag (praeter mandatum) abgelegt habe; bringt der Anwalt einen solchen Widerruf sofort an, so wäre die Aufnahme des Akts in das Gerichtsprotokoll ein ens non existens, die mündliche Schlußverhandlung hat sich nun mit der rechtlichen Auseinandersetzung der aktenmäßigen Thatsachen zu befassen, eine Antwort auf die Klage und die spätern thatsächlichen Vorträge ist, da die Akten geschlossen sind, schon erhoben, das richterliche Fragrecht hat die Unvollständigkeiten entfernt, und eine den bisherigen thatsächlichen Erklärungen widersprechende Anführung in dem mündlichen Vortrage ist nur dann als ein erhebliches gehörig beschaffenes Geständniß zu beachten, wenn der Gestehende ausdrücklich erklärt, er wolle seinen frühern Widerspruch oder seine Einreden zurücknehmen; zu einer solchen Zurücknahme thatsächlicher Erklärungen muß der Anwalt eben so gut speciell ermächtigt sein, wie zum Aufgeben einer schon eingereichten Klage. Die Parthei hat auf Alles, was bei dem Gerichte aus ihrem Auftrag vorgekommen ist, ein wohlerworbenes Recht, und darüber darf ihr Anwalt einseitig nicht mehr verfügen.

Nicht ohne Grund wird die andere Frage gestellt, ob eine Parthei, welche in der zur Verhandlung über die thatsächlichen Verhältnisse des Rechtsstreites festgesetzten Tagfahrt in ihren Erklärungen Geständnisse ablegt, die schon protocollirten jedoch noch nicht durch Unterschrift genehmigten Geständnisse corrigiren, d. h. widerrufen und eine andere Erklärung abgeben dürfe?

So lange das Protocoll nicht vorgelesen, bestätigt und unterzeichnet ist, bleibt dasselbe ein Entwurf (die Bestätigung genügt ohne Unterschrift nur, wenn diese aus einem andern Grunde als wegen unrichtiger Aufnahme der Erklärungen verweigert wird).

So kommt es denn auch, daß der abweichende Vortrag am Schlusse des Protokolls als eine Verbesserung aufgenommen, und die verbesserte Erklärung bei der Urtheilsfassung allein berücksichtigt wird.

Daraus und aus dem oben Angeführten erhellt wohl zur Genüge, daß die Anwälte auf die Geständnisse, die sie im Widerspruch mit den Akten einander gegenüber in der mündlichen Schlußverhandlung (meistens nur scheinbar) vortragen, vergebens mit einer Spitzfindigkeit lauern, womit zuletzt ein Schauspiel aufgeführt wird, dem das Sujet fehlt.

Von solchen unmächtigen der Ignoranz und Chikane dienlichen Kunstgriffen sollte man nirgends Gebrauch machen.

Schmidt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 8. October 1842.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Preßsache.

Rechtsfall zur Auslegung des §. 39. 41. des Preßgesetzes und des Art. 3. 4. der Verordnung vom 28. Juli 1842.

Urtheil.

In Anklagesachen des Großherzoglichen Staatsanwalts in Rastatt, Anklägers, Appellaten, gegen den Redacteur der oberdeutschen Zeitung Dr. Friedrich Giehne zu Karlsruhe, Angeklagten, Appellanten, wegen Uebertretung eines Druckverbots, resp. Beschlagnahme betreffend, wird nach gesetzmäßiger Appellationsverhandlung zu Recht erkannt:

Es sei die von dem Angeklagten gegen das Erkenntniß des Stadtamtes Karlsruhe d. d. 26. April d. J. des Inhaltes:

„daß der Angeklagte Redacteur Giehne für geständig und schuldig zu erkennen sei, die Nr. 210 de 1841 der oberdeutschen Zeitung gegen die versagte Druckerlaubniß zum Druck befördert zu haben, und deßhalb zur Bezahlung einer Strafe von 20 fl. und der Untersuchungskosten zu verurtheilen sei; daß dagegen das Begehren des Klägers um Vernichtung der mit Beschlag belegten Exemplare der Nr. 210 dieser Zeitung nicht statt finde" —

anher eingeführte Appellation als unstatthaft zu verwerfen, dagegen sei das weitere ergänzende Erkenntniß des Stadtamtes Karlsruhe vom 26. Mai d. J. besagend:

„dem Obergerichtsadvokaten Sander auf seine Eingabe vom 11. d. M. zu eröffnen, daß seiner Bitte um Aufhebung des polizeilichen Beschlages auf die Nr. 210 de 1841 der oberdeutschen Zeitung nicht statt gegeben werden könne" —

dahin abzuändern:

daß die von dem Polizeiamte Karlsruhe unterm 31. Juli v. J. verfügte Beschlagnahme der Nr. 210 der oberdeutschen Zeitung d. d. 1. August 1841 für rechtlich unwirksam zu erklären, sohin die mit polizeilichem Beschlage belegten 159 Exemplare dieser Zeitung dem Angeklagten rückzugeben seien.

Sämmtliche Kosten beider Instanzen werden compensirt.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

I.

Nach §. 17. des Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831 (Regierungsblatt de 1832 Nr. II.) ist die Appellation gegen gerichtliche Straferkenntnisse wegen Uebertretung des Druckverbots innerhalb einer Nothfrist von acht Tagen bei dem Gerichte, welches erkannt hat, anzuzeigen und zu rechtfertigen.

Diese Bestimmung findet im vorliegenden Falle Anwendung; denn durch Art. 7 der Verordnung vom 28. Juli 1832 (Regierungsblatt Nr. 42.) ist nicht der Gesammtinhalt jenes §. 17 des Preßgesetzes als aufgehoben zu erachten, sondern es treten nur die in demselben enthaltenen mit den voranstehenden Bestimmungen des Artikel 1—6 a. a. O. unvereinbarlichen Vorschriften, unter welchen die hinsichtlich der Appellationsnothfrist nicht gehört, — ausser Wirksamkeit und wurde auch anderweit eine entgegenstehende Vorschrift nicht erlassen.

Da nun die Appellationsrechtfertigungsschrift gegen das am 2. Mai eröffnete Erkenntniß des Stadtamtes Karlsruhe d d. 26. April erst am 12. Mai — also nach Um-

Digitized by Google

lauf der gesetzlichen Nothfrist ohne — Wiederherstellungsgesuch bei diesseitigem Gerichtshofe eingereicht wurde, so mußte dies Rechtsmittel als unstatthaft verworfen werden.

II.

Rechtszeitig eingeführt, zulässig und gegründet ist aber die weitere Appellation des Angeklagten gegen das unterrichterliche ergänzende Erkenntniß vom 26. *insin.* 28. Mai.

Was zuvörderst die Gerichtszuständigkeit betrifft, so hat das Stadtamt Karlsruhe als Gerichtsbehörde nicht — wie appellatischer Seits eingewendet wurde, sich für incompetent erklärt, sondern das bezügliche Gesuch des Angeklagten, als in Rechten nicht begründet — als unstatthaft abweislich verbeschieden, wie aus der Fassung gedachten Erkenntnisses und dessen Motivirung genügend ersichtlich ist, weßhalb das Rechtsmittel der Appellation, nicht das der Beschwerdeführung wegen Justizverzögerung — anher Platz greift, und von Erledigung dieses Betreffs im Wege des Rekurses bei der Oberpolizeibehörde um so weniger die Rede sein kann, als nirgendwo der Oberpolizeibehörde die Befugniß eingeräumt ist, über die Rechtmäßigkeit, Fortdauer und Wirksamkeit der Beschlagnahme einer Druckschrift im zweiter Instanz zu erkennen — sondern dieß gesetzlich den Gerichten zusteht. — Der Großherzogliche Staatsanwalt bestritt zwar die Zulässigkeit dieser Appellation und das folgeweise eingeleitete Verfahren auch um deßwillen, weil keiner der in §. 86 des Preßgesetzes benannte Fälle vorliege, daher nicht die Bestimmungen des §. 78 ff. des Preßgesetzes, sondern die des gemeinen Rekursgesetzes in gerichtlichen Strafsachen (Regierungsblatt de 1837. Nr. 25) zur Anwendung kämen, zumal da die erläuternde Verordnung vom 4. April 1834 — (Regierungsblatt Nr. 15.) nur einen Rekurs — nicht eine Appellation — an das Hofgericht zulasse.

Allein dagegen ist zu erinnern, daß das Verfahren in Preßsachen durch ein singuläres Gesetz (vom 28. Dezember 1831) geregelt wurde, welches so lange und insoweit zur Norm dienen muß, als nicht abändernde oder aufhebende Vorschriften erlassen und gehörig verkündet werden, was durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 und vom 4. April 1834 blos bezüglich auf die Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens und auf das Offizialeinschreiten bei Umgehung der Druckerlaubniß geschah, ohne im Uebrigen eine abweichende Prozedur neu einzuführen.

Obschon §. 86 des Preßgesetzes des gegenwärtigen Falles ausdrücklich nicht erwähnt, so sind doch die in §. 78 ff. a. a. O. bezeichneten Förmlichkeiten um so mehr anzuwenden, als das Preßgesetz zunächst aus sich selbst — als einem geschlossenen Ganzen — in Verbindung mit den landständischen Commissionsberichten und Verhandlungen hierüber zu erläutern, und in Ermanglung spezieller Bestimmungen die Rechtsähnlichkeit zu Hülfe zu nehmen ist, — als ferner sich wohl nicht unterstellen läßt, daß die Großherzogliche Staatsregierung bei Erlassung der allegirten Verordnungen de 1832 und 1834 die Absicht hatte, daß erst einige Jahre nachher unter Zustimmung der Stände geschaffene und promulgirte Rekursgesetz in gerichtlichen Strafsachen auch für Preßsachen maßgebend zu erklären, und überdieß jene Verordnung de d. 4. April 1834 von einem Rekurse (gleichbedeutend mit Appellation) gegen gerichtliche Straferkenntnisse wegen Umgehens der Druckerlaubniß — nicht von einem Rekurse gegen gerichtliche Erkenntnisse wegen Beschlagnahme einer Druckschrift — wie hier in Frage ist, — spricht. Unrichtig ist es, wenn der Großherzogliche Staatsanwalt vorwürfige Appellation unter Hinweisung auf §. 17 des Preßgesetzes als versäumt ansieht; denn die daselbst festgesetzte Nothfrist von 8 Tagen hat ebenfalls nicht Appellationen gegen Erkenntnisse wegen Beschlagnahme zum Gegenstande, für welche vielmehr die in §. 78 des Preßgesetzes bestimmte — von dem Appellanten beobachtete Frist von 11 Tagen angeordnet wurde.

Was sodann die Rechtfertigung der desfallsigen Appellationsbeschwerden betrifft, so lauten die §§. 39 und 41 des Preßgesetzes lathegorisch dahin:

> „Die Polizeibehörde hat jede von ihr ausgegangene Beschlagnahme (§. 34) innerhalb der nächsten 24 Stunden dem Staatsanwalte und dem Gerichte anzuzeigen, und dem letztern die Aktenstücke über die Begründung und den Vollzug des Beschlages zu übergeben. Sogleich nach erhaltener Anzeige erkennt das Gericht, ob der Beschlag wieder aufzuheben sei oder fortzubestehen habe. Im letztern Falle, so wie da, wo das Gericht selbst den Beschlag erkannt hat, nimmt dasselbe die Untersuchung des Verbrechens oder Vergehens, wegen welches der Beschlag erkannt wurde, sogleich vor."

„Wird in den Fällen, wo die Polizeibehörde den Beschlag verfügt hat, demjenigen, gegen welche derselbe verfügt wurde, die richterliche Bestätigung oder Aufhebung des Beschlags (§. 38) nicht innerhalb drei Tagen von der polizeilichen Beschlagnahme an gerechnet, eröffnet, so verliert der Beschlag ohne weitere Verfügung von Rechtswegen seine rechtliche Wirksamkeit, und dem durch den Beschlag Beschädigten, gebührt der Ersatz des Schadens und der Kosten aus der Staatskasse."

Aus den vorliegenden Akten ergibt sich nicht, und behauptete der Ankläger selbst nicht, daß das Polizeiamt Karlsruhe den unterm 31. Juli v. J. verfügten Beschlag der Nummer 210 der oberdeutschen Zeitung unter Mittheilung der bezüglichen Aktenstücke dem dortigen Stadtamte angezeigt habe, und daß sofort von letzterem innerhalb 3 Tagen, von der polizeilichen Beschlagnahme an, eine dem Angeklagten eröffnete richterliche Bestätigung jenes Beschlages erfolgt sei.

Mit Grund hat daher Dr. Giehne diese polizeiliche Beschlagnahme als rechtlich unwirksam angefochten und die Freigebung der mit Beschlag belegten Zeitungsexemplare begehrt, weil dieselbe zu ihrer rechtmäßigen Fortdauer und Wirksamkeit der richterlichen Bestätigung nach den Bestimmungen des Preßgesetzes §. 39 und 41 bedurfte, und ohne das Dasein dieser nothwendigen Erfordernisse kraft Gesetzes die rechtliche Wirksamkeit verlor.

Dagegen wurde appellatischer Seits auszuführen gesucht, daß die besagten Bestimmungen des Preßgesetzes durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 als aufgehoben zu erachten seien, indem das Bestehen der hierdurch begründeten Censur und polizeilichen Beschlagnahme mit einer richterlichen Bestätigung derselben nach den Vorschriften des Preßgesetzes sich nicht vereinbaren lasse.

Dem ist jedoch nicht so!

Um zu ermessen, ob eine derartige Vereinbarlichkeit der (ausdrücklich nicht ausser Wirksamkeit gesetzten) bezüglichen Bestimmungen in §. 39 und 41 des Preßgesetzes mit jenen in der Verordnung vom 28. Juli 1832, also gewissermaßen eine Antinomie wirklich vorhanden sei oder nicht, ist vor Allem der Gesichtspunkt in's Auge zu fassen, aus welchem der Richter eintretenden Falles die Bestätigung oder Aufhebung des polizeilich verfügten Beschlages zu beurtheilen hätte, und solcher wäre in dem gegenwärtigen Falle unter Hinblick auf Artikel 1—4 der allegirten Verordnung auf die Beurtheilung der Frage zu beschränken gewesen:

Ob die Nummer 210 der oberdeutschen Zeitung hinsichtlich einzelner Stellen gegen ein Druckverbot gedruckt wurde oder nicht? —

was, ohne Rücksicht auf den Inhalt der von der Censur gestrichenen Druckstellen qu. — eine Thatfrage involvirt, welche dem Beweise unterliegt, wie dann auch Artikel 4 der Vollzugsverordnung d. d. 28. Juli 1832 zu der erwähnten Verordnung vom gleichen Tage und Jahre vorschreibt: daß der im Falle des Artikel 3 dieser Verordnung nöthige Beweis über die Versagung der nachgesuchten Druckerlaubniß im Ganzen oder für bestimmte Theile durch die Insinuationsbescheinigung geführt werde, welche unter die Urschrift des betreffenden Dekrets zu setzen ist, und überdieß Art. 6 gedachter Vollzugsverordnung die von der Polizeibehörde in dem (hier vorliegenden) Falle des Artikel 4 der Verordnung vom 28. Juli 1832 zu treffende Maßregel namentlich als eine fürsorgliche bezeichnet, die polizeiliche Beschlagnahme bei Uebertretung des Druckverbots, also nur eine provisorische sein soll, woraus hervorgeht, daß zu deren definitiven Fortdauer und rechtlichen Wirksamkeit ein weiterer Akt erforderlich ist, welcher, der bestehenden Gesetzen gemäß, kein anderer sein kann, als die richterliche zeitig eröffnete Beschlagsbestätigung. Die gegentheilige Meinung des Appellaten scheint auf einer Begriffsverwechslung zu beruhen, darin bestehend: als wenn der Richter die Frage seiner Beurtheilung unterwerfen wolle:

ob die Druckerlaubniß mit Recht oder Unrecht versagt worden?

oder mit andern Worten:

ob die Druckstellen qu. mit oder ohne Grund von der Censur gestrichen wurden?

während in vorwürfigem Falle richterlich blos zu prüfen gewesen wäre:

ob der Angeklagte das Druckverbot übertreten habe oder nicht?

was keinen Conflict in den Funktionen der Censur resp. Polizeibehörden und der Gerichte darstellt.

Hiernach lassen sich die Vorschriften der Verordnung vom 28. Juli 1832 mit den Bestimmungen in §. 39 und 41 des

Preßgesetzes wohl vereinbaren und ist insbesondere die Vorschrift des Artikel 4 jener Verordnung, besagend:

„Wird das Einholen der Druckerlaubniß umgangen oder das Druckverbot übertreten, so ist die Polizeibehörde verpflichtet, die Druckschrift von Amtswegen mit Beschlag zu belegen."

eine solche, welche sich, als einen weitern Fall der polizeilichen Beschlagnahme enthaltend, derjenigen im §. 34. des Preßgesetzes füglich anreihen läßt, und wodurch der in diesem Paragraphen begränzte Kreis der Befugniß der Polizeibehörde zur Beschlagnahme von Druckschriften erweitert wurde, ohne hinsichtlich der §§. 39 und 41 eine desfallsige Abänderung zu treffen.

Die Behauptung des Großherzoglichen Staatsanwaltes gegen die Anwendbarkeit der §§. 39 und 41 des Preßgesetzes, darauf gestützt: daß der III. Titel lediglich mit dem Prozeßverfahren über die im II. Titel des Preßgesetzes aufgeführten materiellen, nicht aber über die im I. Titel bezeichneten, preßpolizeilichen blos formellen Preßvergehen (wie ein solches dermals in Frage steht) sich befasse, ist gleichfalls ungegründet, denn der §. 34 des Preßgesetzes, wörtlich des Inhaltes:

„Die Polizeibehörde ist ermächtigt, jede Druckschrift:

1) vor oder nach ihrem Ausgeben mit Beschlag zu belegen,
   a) wenn es der Schrift an der in §. 3 geforderten Benennung oder Bezeichnung fehlt, oder wenn diese Benennung oder Bezeichnung falsch ist, so wie wenn
   b) die erforderliche Caution noch nicht gestellt, oder im Falle einer eingetretenen Verminderung innerhalb der vom Gericht dazu anberaumten Frist nicht wieder ergänzt worden ist."

erwähnt unverkennbar der Beschlagnahme wegen mehrerer sogenannter preßpolizeilichen Vergehen, wovon im Titel I. des Preßgesetzes die Rede, und ist unter dem III. Titel „vom Prozeßverfahren bei Preßverbrechen und Preßvergehen und zwar unter dem nämlichen ersten Kapitel „von der Beschlagnahme von Druckschriften" enthalten, unter welchen sich die darauf folgenden §§. 39 und 41 des Preßgesetzes vorfinden.

Ebensowenig wurden diese preßgesetzlichen Bestimmungen in fraglicher Beziehung durch die erläuternde Verordnung vom 4. April 1834 aufgehoben, da hierin nach Intention und Wortlaut nur ausgesprochen ist, das großherzogliche Staatsministerium habe folgende Ansicht als die richtige erkannt:

„daß die Aemter die Umgehung der polizeilichen Druckerlaubniß unbeschadet ihrer Verpflichtung zur Beschlagnahme der Druckschrift nicht von Amtswegen zu bestrafen, sondern dem Staatsanwalte von dergleichen Uebertretungen Nachricht zu geben und dessen weitern bestimmten Antrag zu erwarten, dann aber auch jede durch das Umgehen der Druckerlaubniß verwirkte Geldstrafe vorbehaltlich des Rekurses an das Hofgericht selbst zu erkennen haben."

Hieraus kann man blos in so weit eine Beschränkung des Schlußsatzes in §. 39 des Preßgesetzes ableiten, daß nach einem richterlichen Beschlusse, womit der Fortbestand eines wegen Uebertretung des Druckverbots polizeilich verfügten Beschlags erkannt wurde, nicht sofort wegen dieses Vergehens die Untersuchung vorzunehmen, sondern Behufs der Bestrafung vorerst ein bestimmter Antrag des Staatsanwalts abzuwarten sei, also ein desfallsiges Officialeinschreiten von Seite der Gerichte nicht statt finde, keineswegs aber, daß die Nothwendigkeit des richterlichen Erkenntnisses über Fortdauer oder Aufhebung der polizeilichen Beschlagnahme hinwegfalle.

Wenn nach dem Bisherigen nicht zu bezweifeln ist, daß die bezüglichen Bestimmungen des Preßgesetzes §§. 39 und 41 annoch in Gesetzeskraft bestehen, und auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, so unterliegt es auch keinem Zweifel, daß der Angeklagte auf den Grund dieser Gesetzesbestimmungen nach Lage der Akten von dem Gerichte einen Ausspruch über die rechtliche Unwirksamkeit des polizeilichen Beschlages qu. und sohin die Freigebung der hiemit belegten Zeitungsexemplare zu begehren befugt war, weßhalb diesem Begehren in der Art, wie durch diesseitiges Urtheil geschehen, statt gegeben wurde.

Eines beizufügenden Vorbehalts über einen etwaigen Schadens- und Kostenersatz aus der Staatskasse zu Gunsten des Angeklagten bedurfte es nicht, weil sich ein solcher geeigneten Falles kraft Gesetzes von selbst versteht, und dem Angeklagten daher unbenommen bleibt, seinen desfallsigen Anspruch auf besonderm Wege gerichtlich zu verfolgen. Uebrigens erscheint das appellantische Gesuch dermals unzulässig, indem der Angeklagte während des untergerichtlichen Verfahrens nicht einmal behauptete, daß und inwieferne er einen Schaden und Kosten durch die polizeiliche Beschlagnahme wirklich hatte, noch um ein Erkenntniß hierüber nachsuchte, sondern sich vielmehr selbst seine desfallsigen Rechtszuständnisse ausdrücklich vorbehielt und auch der Unterrichter hierüber noch nicht erkannte.

III.

Was endlich die Entscheidung des Prozeßkostenpunktes betrifft, so rechtfertigt sich dieselbe durch die Betrachtung, daß jede Partei, beziehungsweise theils obsiegte, theils unterlag.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druck und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 15. October 1842.

I.

Finden die §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831 auf den polizeilichen Beschlag des Art. 4 der Verordnung vom 28. Juli 1832 Anwendung?

Obige Frage kam in dem nachfolgenden Preßprozeß zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung, und soll hier noch einer wissenschaftlichen Prüfung unterworfen werden.

Die Redaktion der Oberdeutschen Zeitung hatte in der Nr. 210. vom 1. August 1841 mehrere Stellen abdrucken lassen, welchen die Censur die Druckerlaubniß ausdrücklich versagt hatte. Das Polizeiamt Karlsruhe legte sofort in Anwendung des Art. 4 der Verordnung vom 28. Juli 1832 Beschlag auf die der Post übergebenen Exemplare fraglicher Zeitung und veranlaßte das Einschreiten des Staatsanwalts.

Dieser klagte in Gemäßheit jener Verordnung bei dem Stadtamt Karlsruhe gegen die Redaction, und beantragte mit Rücksicht auf frühere ähnliche Conteaventionen derselben Zeitung eine Geldstrafe von 30 fl.

Der angeklagte Redacteur konnte die Uebertretung des Druckverbots nicht bestreiten, und so erfolgte das stadtamtliche Urtheil vom 26. April l. J., welches den Angeklagten für schuldig erklärte, und zur Bezahlung einer Strafe von 20 Gulden verurtheilte. Da in der Vernehmlassung des Angeklagten zugleich um Aufhebung des polizeilichen Beschlags gebeten worden war, das stadtamtliche Urtheil aber hierüber nicht erkannte, so bat der Angeklagte um Ergänzung des Urtheils dahin, daß der polizeiliche Beschlag aufzuheben, beziehungsweise für wirkungslos zu erklären sei, weil die Formen der §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes nicht beobachtet worden seien.

Hierauf ergieng die stadtamtliche Verfügung vom 6ten Mai l. J., daß der Bitte um Aufhebung des polizeilichen Beschlags nicht statt gegeben werden könne, da hier die Beschlagnahme nicht in Anwendung des Preßgesetzes vom 28. Dezember 1831, sondern in Anwendung der Verordnung vom 28. Juli 1832 erfolgt sei, und letztere keine richterliche Bestätigung solcher polizeilichen Beschlagnahme gebiete.

Nunmehr appellirte der Angeklagte gegen das stadtamtliche Urtheil vom 26. April und gegen die Verfügung vom 26. Mai an das Hofgericht des Mittelrheinkreises, und dieses erkannte nach gepflogenen Verhandlungen durch Urtheil vom 15. September *): es sei die gegen das Erkenntniß des Stadtamts Karlsruhe vom 26. April eingeführte Appellation als unstatthaft zu verwerfen, dagegen sei das weitere ergänzende Erkenntniß vom 26ten Mai dahin abzuändern, daß die von dem Polizeiamt Karlsruhe unter'm 31. Juli v. J. verfügte Beschlagnahe der Nr. 210 der Oberdeutschen Zeitung de dato 1. August 1841 für rechtlich unwirksam zu erklären, sohin die mit polizeilichem Beschlag belegten 159 Exemplare dieser Zeitung dem Angeklagten zurückzugeben seien. Sämmtliche Kosten beider Instanzen werden kompensiet.

Der Grund dieser oberrichterlichen Entscheidung besteht in der Anwendung der §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes auf die vorliegende polizeiliche Beschlagnahme, indem nämlich diese letztere weder gerichtlich bestätigt, noch viel weniger die gerichtliche Bestätigung dem Angeklagten in der Frist des §. 41 des Preßgesetzes eröffnet

*) Dieses Urtheil ist in Nr. 41. der Annalen bereits abgedruckt. D. Red.

Digitized by Google

worden war, in welchem Falle nach der Bestimmung dieses §. 41 der Beschlag ohne weitere Verfügung von Rechtswegen seine rechtliche Wirksamkeit verlieren soll.

Diese Anwendbarkeit der Vorschriften des Preßgesetzes auf den vorliegenden in Art. 4 der Verordnung vom 28. Juli 1832 gegründeten polizeilichen Beschlag war aber von Seiten des Staatsanwalts bestritten, und nach dieser Ansicht von dem Stadtamte Karlsruhe erkannt worden.

Die für diese Ansicht aufgestellten und aufzustellenden Gründe sind nämlich folgende:

1) das Preßgesetz vom 28. Dezember 1831 hatte in §. 1 alle Censur der Druckschriften aufgehoben, in §. 12 zwar wieder hinsichtlich der Zeitungen und Druckschriften unter 20 Bogen eine vorgängige Genehmhaltung der Staatsbehörde vorgeschrieben, in §. 14 aber die Umgehung dieser Vorschrift nur bedingt für strafbar erklärt, nämlich wenn der Inhalt der Druckschrift von den Gerichten strafbar gefunden werde. Druckschriften, welche kein Strafgesetz verletzten, waren daher in der That von jeder Censur freigesprochen.

Diese Freiheit hat nun die Verordnung vom 28. Juli 1832 (Regierungsblatt Nr. 42.) aufgehoben, in Art. 1 die unbedingte Censur wieder eingeführt, und in Art. 7 alle mit der Verordnung unvereinbaren Vorschriften des Preßgesetzes, namentlich die §§. 1, 12 und 14 desselben außer Wirksamkeit gesetzt. Der Art. 2 der Verordnung bedroht das Umgehen der Censur unabhängig von dem Inhalt der Druckschrift und vorbehaltlich der dadurch verwirkten Strafe, — mit einer Geldstrafe, und der Art. 4 verpflichtet die Polizeibehörde, jede ohne Druckerlaubniß oder gegen solche gedruckte Schrift von Amtswegen mit Beschlag zu belegen.

Ohne Genehmigung, ohne Wissen und Willen der Polizeibehörde, beziehungsweise der Censur, kann also durchaus keine Schrift zum Druck befördert werden, was auch von der im Eingang und in Art. 5 der Verordnung angezogenen Bundespreßgesetzgebung, insbesondere dem Preßgesetze vom 20. September 1819 vollkommen entspricht.

Mit dieser Gesetzgebung, und also mit Wort und Sinn der Verordnung vom 28. Juli 1832 ist aber die Anwendung der §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes auf die polizeiliche Beschlagnahme des Art. 4 der Verordnung wegen umgangener oder übertretener Druckerlaubniß in so fern unvereinbar, als hiernach eine Druckschrift auch ohne Wissen und Willen der Staatsbehörde, ja sogar gegen den ausdrücklichen Willen derselben gedruckt und verbreitet werden kann.

Kommt das hofgerichtliche Urtheil vom 15. September l. J. zum Vollzug, so sind die von der Censur gestrichenen Stellen der Nro. 210 der Oberdeutschen Zeitung vom 1. August 1841 gegen den ausdrücklichen Willen der Staatsbehörde zum Druck befördert und verbreitet worden — was nach der Preßgesetzgebung des deutschen Bundes und nach der Verordnung vom 28. Juli 1832 unter keiner Bedingung geschehen kann.

2) Die §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes beziehen sich ausdrücklich nur auf die in dem Gesetz, nämlich in §. 34 aufgeführten Fälle der polizeilichen Beschlagnahme. Hierunter war aber der Fall des Art. 4 der Verordnung vom 28. Juli 1832 nicht begriffen, und konnte nicht begriffen sein. Die Verordnung selbst aber stellt den Art. 4 nicht unter die §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes, und konnte ihn nach der Ausführung ad 1 nicht darunter stellen.

Das Preßgesetz betrachtete jede präventive Maßregel, und daher auch den Beschlag der Druckschriften, als Ausnahme, welche möglichst zu beschränken, in knappe Formen und Fristen zu bannen war, die Verordnung vom 28. Juli 1832 dagegen hat den Hauptzweck, den Mißbräuchen der Presse zuvorzukommen, der Beschlag des Art. 4 der Verordnung ist daher ein wesentlicher, ein Hauptbestandtheil der Verordnung, welcher durch keine Vorschriften des Preßgesetzes beschränkt oder beseitigt werden darf. Vorschriften, welche für ein früheres Ausnahmsgesetz gegeben sind, darf man nicht auf eine spätere gesetzliche Bestimmung ausdehnen, welche nicht mehr als Ausnahme des frühern Gesetzes, sondern als die konsequente, wesentliche Folge eines späteren Gesetzes erscheint.

3) Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe berufen sich auf den Art. 4 u. 6 der Vollzugsverordnung vom 28. Juli 1832, insbesondere auf den dort vorkommenden Beweis und die Bezeichnung des polizeilichen Beschlags als einer fürsorglichen Maßregel. Der in Art. 4 vorgeschriebene Beweis steht aber mit der hier vorliegenden Frage in keiner Verbindung, sondern bedingt lediglich die Anwendung der in Art. 3 der Verordnung angedrohten Strafe; die Bezeichnung des polizeilichen Be-

schlags als einer fürsorglichen Maßregel, setzt aber keineswegs eine richterliche Bestätigung des Beschlags nach Vorschrift des Preßgesetzes voraus, der Gegensatz des Fürsorglichen ist vielmehr in Art. 6 der Vollzugsverordnung selbst dahin angegeben, daß die Polizeibehörde den Staatsanwalt zum weiteren Einschreiten zu veranlassen hat, welcher alsdann die Hauptsache, nämlich die Erkennung der Geldstrafen gegen den Schuldigen betreibt.

4) Die erläuternde Verordnung des Großherzoglichen Staatsministeriums vom 4. April 1834 (Regierungsblatt Nr. 15.) befiehlt den Aemtern, die Umgehung der Druckerlaubniß nicht von Amtswegen zu verfolgen, beziehungsweise zu bestrafen, sondern lediglich dem Staatsanwalt von solchen Uebertretungen Nachricht zu geben, und dessen weiteren bestimmten Antrag zu erwarten. Diese Verordnung steht mit dem §. 39 des Preßgesetzes insofern in Widerspruch, als in der ersteren nicht nur von keiner gerichtlichen Bestätigung des polizeilichen Beschlags die Rede ist, sondern die Gerichte ausdrücklich angewiesen werden, die in Frage stehenden Preßvergehen nicht von Amtswegen zu verfolgen, wie dieses nach §. 39 Absatz 3 des Preßgesetzes geschehen müßte.

Auch diese Verordnung des Großherzoglichen Staatsministeriums geht daher von der Ansicht aus, daß die Vorschriften in §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes auf die polizeiliche Beschlagnahme wegen Umgehung der Druckerlaubniß keine Anwendung finden.

5) Der Angeklagte hatte in erster und zweiter Instanz behauptet, daß das Gericht bei der Entscheidung über den polizeilichen Beschlag der Verordnung vom 28ten Juli 1832 den Inhalt der Druckschrift zu prüfen, und im Falle der Unsträflichkeit des Inhalts den polizeilichen Beschlag aufzuheben habe. Diese Ansicht würde natürlich zu dem Preßgesetze vom 28. Dezember 1831 zurückführen, und von der Verordnung vom 28. Juli 1832 nichts als die Geldstrafe übrig lassen, welche den Zweck des Gesetzes offenbar nicht erreichte, denn es sollen ja nicht bloß sträfliche, sondern auch nach der Ansicht der Staatsbehörde gefährliche oder anstößige Schriften nicht zum Druck befördert werden, und über diese Eigenschaften der Druckschriften können und sollen natürlich nicht die Gerichte, sondern lediglich die Polizeibehörden des Staats die Entscheidung ertheilen.

Diese Ansicht hat nun zwar das Hofgericht insofern nicht verworfen, als nach den Entscheidungsgründen nur die Thatsache, ob die Druckerlaubniß umgangen, oder das Druckverbot übertreten wurde, Gegenstand der richterlichen Prüfung sein soll.

Zur Entscheidung dieser einfachen Frage bedarf es aber wohl keiner doppelten richterlichen Prüfung und Verfügung, einmal von Amtswegen bei Bestätigung oder Aufhebung des polizeilichen Beschlags und dann wieder auf Antrag des Staatsanwalts wegen der zu erkennenden Geldstrafe.

Ist aber die Anwendung der §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes auf den vorliegenden Fall überhaupt unstatthaft, so ist sie es auch in der von dem Hofgericht angenommenen beschränkten Weise, weil auch dieser beschränkten Anwendung alle unter 1 bis 4 angeführten Gründe entgegenstehen.

Sind diese Gründe maßgebend und entscheidend, so beruht das hofgerichtliche Urtheil auf einer unrichtigen Anwendung der §§. 39 bis 41 des Preßgesetzes, und so mußte die stadtamtliche Verfügung vom 26. Mai l. J. lediglich bestätigt werden. Dieß konnte vielleicht aus dem weiteren Grunde geschehen, weil selbst bei Anwendbarkeit des §. 41 des Preßgesetzes die Unwirksamkeit des polizeilichen Beschlags im geeigneten Falle von Rechtswegen und ohne weitere Verfügung eintreten soll, ein ausdrücklicher, besonderer Ausspruch dieser Unwirksamkeit von Seiten der Gerichte — daher nicht verlangt, und ein darauf gerichteter Antrag des Angeklagten als unstatthaft verworfen werden konnte.

In keinem Falle ist aber durch den vorliegenden Preßprozeß über ein Prinzip in dem Sinne entschieden, welcher in Nr. 266. der Allgemeinen Zeitung dieses Jahres gefunden und gerühmt worden ist. Der Sieg des Angeklagten beruht nämlich nach dem hofgerichtlichen Urtheil und dessen Gründen lediglich darauf, daß die Polizeibehörde ihren Beschlag dem Gerichte nicht anzeigte und von diesem bestätigen ließ. Es ist also hier nur über eine Form, und keineswegs über ein materielles Recht oder Prinzip zu Gunsten der Oberdeutschen Zeitung entschieden worden. Ob sich die Polizeibehörde in Zukunft jener Form unterwerfen, ob sie insbesondere dem Vollzug des hofgerichtlichen Urtheils durch Freigebung der mit Beschlag belegten Zeitung statt geben, oder einen Competenzkonflikt erheben wird — muß dahin gestellt bleiben.

Haaß.

II.

Falsches Zeugniß zu Gunsten eines Angeschuldigten.

Im Jahr 1839 waren drei Zeugen, welche in einer Untersuchung wegen Diebstahls gegen besseres Wissen eine unwahre Thatsache zu Gunsten des Angeschuldigten eidlich ausgesagt hatten, von Großherzoglichem Hofgerichte des Unterrheinkreises des Meineids für schuldig erklärt und deshalb auf den Grund des §. 49 der Erläuterungen zum Strafedikt zu einjähriger Zuchthausstrafe nebst feierlicher Ehrenentsetzung und deren öffentlicher Verkündung verurtheilt worden. In der Recursinstanz wurde jedoch die Zuchthausstrafe von Großherzoglichem Oberhofgericht nach der Vergeltungsregel auf achtägiges Gefängniß ermäßigt und dem §. 49 der Erläuterungen keine Anwendbarkeit zugestanden, weil der Schlußsatz derselben das Gesetz selbst wesentlich abändere und überdies Consequenz vermissen lasse ꝛc. Diese allerdings neue Ansicht hat damals Aufsehen erregt und Erörterungen in den Annalen von 1839 Nr. 28. S. 182—184 zur Folge gehabt, wodurch deren Richtigkeit in Zweifel gestellt worden ist.

Nun ist kürzlich ein ganz ähnlicher Fall *), in welchem das nämliche Hofgericht gerade so wie früher erkannt hat, zur oberhofgerichtlichen Entscheidung gelangt und jetzt das hofgerichtliche Urtheil lediglich bestätigt worden! Die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts (S. I.), so weit sie den strittigen Punkt betreffen, lauten dahin: „Bestritten ist allerdings die Frage, ob ein in einer Untersuchung zu Gunsten eines Angeschuldigten abgelegtes und eidlich bestätigtes falsches Zeugniß einen peinlich strafbaren Meineid begründe? Allein wenn auch der Art. 107 der peinlichen Gerichtsordnung nur zwei Fälle von strafbarem Meineid aufführt, nämlich das Beschwören falscher Thatsachen, um in einem Civilrechtsstreit sich dadurch den Sieg Rechtens zu verschaffen, und dann das Beschwören unwahrer Thatsachen, in einer Untersuchungs-Sache zum Nachtheil eines Angeschuldigten, und wenn auch der §. 40 des Strafedicts das Beschwören unwahrer Thatsachen oder Verschweigen wahrer Thatsachen zum Vortheil eines Angeschuldigten nicht besonders in seinen einzelnen Bestimmungen als Verbrechen des Meineids aufführt, so folgt doch die Strafbarkeit dieses Falles als Meineid aus den Bestimmungen sub lit. b. dieses Gesetzes, wornach gleich Zeugen, welche in bürgerlichen Sachen falsches Zeugniß ablegen, diejenigen zu bestrafen sind, welche einen besonderen Verspruchseid brechen, womit sie versprochen hatten, eine einzelne besondere Verbindlichkeit zu erfüllen, weil der Eid, den die Zeugen in einer bestimmten Untersuchung ablegen, und den die Recurrenten auch abgelegt haben, darin besteht, die reine Wahrheit anzugeben und auch nichts zu verheimlichen, was auf die Untersuchung Bezug hat, daher immer einen besonderen Verspruchseid bildet, und für die Zeugen die Verbindlichkeit begründet, diesem Versprechen gemäß in dem einzelnen Untersuchungsfalle zu handeln. Brechen sie diesen Eid, wenn auch zum Vortheil eines Angeschuldigten, so machen sie sich durch diesen Bruch immer eines Meineids schuldig, wie dies auch der §. 49 der Erläuterungen zum Strafedict ausspricht ꝛc."

„Bleibt hiernach der Thatbestand des Bruchs eines besonderen Verspruchseides richtig gestellt, so erscheint die gegen die Recurrenten erkannte Strafe, rücksichtlich deren auch eine eventuelle Beschwerde nicht aufgestellt wurde, nach §. 40 lit. b. des Straf-Edicts nicht beschwerend, weil keine rechtlichen Milderungsgründe vorliegen." (†)

Bayer.

*) Nämlich in Untersuchungssachen gegen J. A. Lehlbach und C. Linz von Mannheim ꝛc. wegen Meineids.

D. E.

(†) Dieselbe Ansicht, daß nämlich jede Verletzung des Zeugen-Eids in was immer für einer Sache (auch die zu Gunsten eines Angeschuldigten) als der Bruch eines besondern Verspruchs-Eides, oder, sofern der Eid erst nach abgelegtem Zeugnisse zu dessen Bestätigung geschworen wird, als der Bruch eines besondern Versicherungseids zu betrachten, also mindestens immer mit einem Jahr Zuchthaus zu bestrafen sei, hat auch der II. Senat des Oberhofgerichts in einem Urtheile vom 28. April 1842 in Untersuchungssachen gegen L. Fink und K. Klett in Karlsruhe angenommen.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 22. October 1842.

I.

Doppelter Verkauf. Landrechtssatz 1583 a. Accession Landrechtssatz 555. Notheid. Landrechtssatz 1367. §. 635 der Prozeßordnung.

Lorenz M. von T. verkaufte am 11. August 1840 eine Wiese zum Aufbau einer Sägmühle an Peter G. von H. für 300 fl. Da dieser das Grundstück nur brauchen konnte, wenn er eine Sägmühle darauf errichten durfte, so unterließ er den Eintrag des Verkaufs in das Grundbuch, um vorerst die Entscheidung der Regierung über sein Gesuch um Gestattung des Mühlenbaus abzuwarten. Inzwischen, nämlich am 26. Oktober 1840, verkaufte Lorenz M. nebst andern Grundstücken auch die an Peter G. überlassene Wiese an die Holzhändlergesellschaft, Gebrüder B. in W., und diese erwirkten sogleich den Eintrag in das Grundbuch und die Gewährung. Die Regierung bewilligte dem Peter G. den Bau der Mühle und er führte ihn darauf mit einem Aufwand von 5—6000 fl. aus. Als aber die Mühle erbaut, ein Wasserrecht erworben, ein Kanal über die Wiese gezogen und Alles im besten Gang war, traten die Gebrüder B. im Sommer 1842 mit einer Klage gegen Peter G. auf, vindicirten ihr Eigenthum und verlangten die Hinwegräumung der Sägmühle und Wiederherstellung der Wiese in den vorigen Stand. Peter G. wendete dagegen ein: er habe gegen den Erwerb der Kläger Einsprache gethan und es sei ihm darauf von diesen am 1. Dezember 1842 ein Revers ausgestellt worden, wornach sie sich verpflichtet hätten, in die Verbindlichkeiten des Verkäufers einzutreten und den Verkauf unangefochten zu belassen, auch hätten sie bei verschiedenen andern Gelegenheiten sein Recht anerkannt, sie könnten sich daher auf die Vorschrift des Landrechtssatzes 1583 a. nicht berufen.

Die Urkunde, welche den angeblichen Revers enthält, bezieht sich auf eine Güterversteigerung in einer andern Gemeinde und es verpflichten sich die Kläger, die Güter, welche der Beklagte steigern würde, zurückzunehmen, falls er sie nicht freiwillig behalten wolle, und ihn vom Gebot zu entbinden. Dann heißt es:

„. . . daß das Grundstück oder die Wiese am Fetzenbrückle und Bächle, bei welchen ein Vertrag zwischen Lorenz M. und Peter G. vom 11. August 1840 vorliegt, gänzlich bei obiger Verpflichtung außer Acht gelassen wird." Die nun folgenden Schlußworte „und den Ausstellern dieses freie Wahl über letztere zusteht" sind durchgestrichen.

Die Kläger behaupteten nun, durch diese Urkunde hätten sie, weit entfernt, das Recht des Beklagten anzuerkennen, vielmehr sich ihre Ansprüche auf die Wiese vorbehalten, und es stehe somit ihrem Begehren die Uebernahme einer persönlichen Verbindlichkeit nicht im Wege. Zugleich hielten sie dem Kauf des Beklagten entgegen, er sei nicht perfekt geworden, indem am Schluß der Urkunde noch die Bedingung beigefügt worden sei: „Peter G. muß noch ein Säghäuslein aufbauen", und indem dieser Nachsatz von dem Beklagten nicht unterschrieben, also die Bedingung von ihm nicht angenommen sei. Hiergegen berief sich der Beklagte auf den Vollzug, welcher den Mangel geheilt habe.

In dem amtlichen Urtheil wurde die Entscheidung von der Ausschwörung eines den Klägern über die Bedeutung der Urkunde vom 1. Dezember 1840 auferlegten Notheides abhängig gemacht. Die Gründe sind in der Beantwortung

der einzelnen Rechtsfragen, welche sich bei Beurtheilung dieses Falles aufgeworfen haben, enthalten.

1) Wer ist Eigenthümer der Wiese?

Der Code civil stellt im Satz 1583 die Regel auf, daß der Kauf abgeschlossen sei und das Eigenthum des Verkäufers kraft Gesetzes auf den Käufer übergehe, sobald sie über die Sache und den Preis einig sind, ohne daß noch etwas Weiteres erforderlich sei. Wenn daher jemand, nachdem er eine Sache verkauft und sich somit des Eigenthums begeben hat, dieselbe zum zweitenmal veräussert, so erscheint er als der Verkäufer einer fremden Sache und es ist der zweite Handel nichtig, Landrechtssatz 1599, wie dies auch die Rechtsregel „niemand kann mehr Rechte auf einen Andern übertragen, als er selbst hat", mit sich bringt. Unter mehreren Käufern derselben Liegenschaft hat demnach derjenige den Vorrang, dessen Rechtstitel der älteste ist, Troplong de la vente Nr. 43. So will es das französische Recht, und so verhält es sich auch nach römischem Recht, vorausgesetzt, daß bei dem ersten Verkauf die Sache übergeben worden ist, §. 40. 44 Inst. lib. 2. tit 1. l. 2. §. 1 D lib 19 tit 1.

Bei uns hat sich die Sache durch den Landrechtszusatz 1583 a anders gestaltet. Es ist im Interesse des öffentlichen Credits, wie der Sicherheit des Rechtsverkehrs, und insbesondere der Unterpfandsbestellungen die wohlthätige Einrichtung der Transscription theils beibehalten, theils näher dahin ausgebildet worden, daß jeder Liegenschaftskauf in das Grundbuch eingetragen und verwährschaftet werden muß und daß der Käufer, eh' dies geschehen, sein Eigenthum vor Gericht nicht geltend machen kann. Wenn daher auch durch die bloße Uebereinkunft alle Rechte des Verkäufers auf den Käufer übergehen, mag der Preis schon bezahlt, die Uebergabe erfolgt sein, oder nicht, so ist doch dadurch mehr nur ein persönliches Recht geschaffen, und es sind nicht alle in dem Eigenthumsrecht liegende Befugnisse erworben, nämlich nicht das Recht, die Sache von jedem Besitzer herauszufordern und den Ansprüchen Dritter entgegenzutreten. Diesen gegenüber ist das Eigenthum nicht erworben, so lange nicht der Eintrag in das Grundbuch erwirkt ist, und wie der Cedent, welcher sich ja auch des Eigenthums der Forderung durch die Cession entäussert hat, dem Schuldner gegenüber bis zur Bekanntmachung der Uebertragung noch als Eigenthümer gilt und Zahlungen empfangen kann, so bleibt auch der Verkäufer einer Liegenschaft Dritten gegenüber bis zur Transscription Eigenthümer, und kann die Sache gültig weiter veräußern oder mit Unterpfändern belasten. Die bloße Uebereinkunft über Sache und Preis bewirkt daher bei Liegenschaftsverkäufen noch keinen vollständigen Eigenthumsübergang, sondern es wird der Vertrag erst durch den Eintrag perfekt, und wenn auch der Verkäufer vorher nicht mehr willkürlich zurücktreten darf, so kann er doch die Wirksamkeit des Verkaufs dadurch vereiteln, daß er die Sache weiter veräußert; oder es hat, wie Brauer in seinen Erläuterungen Band 3 pag. 483 sagt, „der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer die stillschweigende Bedingung, wenn er sich nicht Andere in der Eintragung zuvorkommen läßt".

Conf. Bekk, dingliche Rechte §. 30.

Da nun der Beklagte seinen Erwerb nicht eingetragen hat, kann er denselben nicht geltend machen, und es müssen ihm die Kläger, welche diese Vorsicht beobachtet haben, vorgehen, obgleich ihr Titel von späterem Datum ist. — Erscheinen sie als die wahren, gesetzlichen Eigenthümer, so entsteht die weitere Frage:

2) Kann die Entfernung des Gebäudes verlangt werden?

Nach Landrechtsatz 555 kann der Eigenthümer des Bodens verlangen, daß die von einem Andern mit dessen Werkstoff auf seinem Grundstück angelegten Gebäude und Werke weggeschaft werden, falls er nicht vorzieht, sie gegen Bezahlung des Werthes zu behalten. Wurden jedoch die Gebäude von einem solchen Inhaber angelegt, dem zwar das Eigenthum durch Urtheil und Recht abgesprochen, der aber als redlicher Besitzer zu keinem Früchten-Ersatz verurtheilt ward, so kann der Eigenthümer die Wegräumung nicht fordern, sondern er hat die Wahl, ob er den Werth des Werkstoffs und des Arbeitslohns, oder die Summe ersetzen will, um welche der Boden an seinen Werth erhöht worden ist. Es kommt demnach Alles darauf an, ob der Beklagte als redlicher Besitzer betrachtet werden kann, oder nicht. Anfangs war er es offenbar, denn er hat die Wiese von dem Eigenthümer auf rechtmäßige Weise gekauft und erhalten. Aber den Bau hat er erst zu einer Zeit begonnen, wo er wußte, daß inzwischen das Grundstück an die Kläger verkauft und daß von diesen der Eintrag und die Verwährschaftung erwirkt worden war, wo ihm also, ver-

möge der rechtlichen Unterstellung, daß jeder das Gesetz kennt, nicht entgehen konnte, daß er auf fremdem Boden baue.

Nimmt man auch, wie dies gewiß die Absicht des Gesetzes ist, an, daß bei Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzees nur darauf zu sehen ist, ob er die Fehler seines Rechtstitels auch wirklich gekannt habe oder nicht, daß daher weniger die rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit des Titels als der Glaube des Besitzers zu prüfen ist, Zachariä Band 1 pag. 450, so wird doch nicht bezweifelt werden können, daß durch die genannten Vorgänge der gute Glaube wankend gemacht worden sein mußte. Es erhellt dies namentlich daraus, daß der Beklagte sich nach seiner eigenen Angabe zu seiner Sicherheit einen Revers ausstellen ließ, wornach die Kläger sein Eigenthumsrecht unangefochten lassen und in die Verbindlichkeiten des Verkäufers eintreten sollten. Wäre er unbefangen gewesen, so würde er dessen nicht bedueft haben; es geht also hieraus unläugbar hervor, daß ihm die Fehler seines Besitzes wohl bekannt waeen, und wenn die Urkunde den angeblichen Revees nicht enthält, wenn sie vielmehe nach der Versicherung der Kläger ausgestellt worden ist, um deren Rechte nnd Ansprüche auf die Wiese ausdrücklich vorzubehalten, so war nicht allein der gute Glaube völlig verschwnnden, sondern der Beklagte handelte unredlich, wenn er bei der Kenntniß der Mängel seines Rechtstitels, trotz der Verwahrung der Kläger nnd ohne einen Versuch zur Beseitigung der Anstände zu machen, den Bau dennoch aufführte. Landrechtssatz 550. — Von dieser Ansicht ausgehend, machte das Amt die Entscheidung von der Auslegung der Urkunde vom 1. Dezember 1840 in der Art abhängig, daß die Sägmühle und der Wassergraben entfernt werden müssen, wenn durch die Urkunde die Rechte der Kläger vorbehalten werdgn sollten; daß dagegen die Klage abzuweisen sei, wenn in der Urknnde der Kauf des Beklagten anerkannt und die Verbindlichkeit übernommen werden sollte, in die Verpflichtung des Verkäufers einzutreten, indem in diesem Falle der Beklagte nicht allein in gutem Glauben gewesen, sondern auch das Klageecht der Kläger beseitigt wäre.

Zwar liegt eine Härte darin, daß selbst da, wo das Gebäude einen so unverhältnißmäßig höhern Werth hat als der Boden, dennoch dieser als die Hauptsache und der Bau nur als accessorium betrachtet werden soll; allein das Grnndeigenthum ist eine der Hauptstützen der Gesellschaft, und dessen Sicheeung eine der wichtigsten Aufgaben der Gesetzgebnng; auch ist die Härte dadurch gemildert, daß der, welcher in gutem Glauben handelte, Entschädigung erhält. Der Unredliche hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er in Nachtheil kommt, seine Handlung enthält einen absichtlichen Eingriff in fremde Rechte, ein Vergehen, nnd verdient keine Begünstigung.

Das römische Recht war noch weit strenger, es verband mit dem gleichen Grundsatz, daß der Boden immee die Hauptsache ist, omne, quod solo inaedificatur, solo cedit, §. 29. Inst. l. 2 tit. 1., die Folge, daß der Eigenthümer unbedingt auch das von einem Andern auf seinem Boden errichtete Gebäude erhält, l. 2 D. de Superficiebus l. 43 tit. 18, ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein; der Bauende durfte weder das Gebäude abeeißen, noch selbst, wenn es einstürzte, sein Material herausfordern. Nur wenn er in gutem Glauben und überdies im Besitz war, konnte er dem vindicirenden Eigenthümer des Bodens die exceptio doli mali entgegen halten nnd so lange das Retentionsrecht ausüben, bis ihm der Werkstoff und Arbeitslohn ersetzt wurde.

l. 7 §. 12 D. de acquirendo rerum dominio l. 41 tit. 1.

Das französische Recht hat den Vorzug, daß es bei gleicher Achtung gegen das Eigenthum, doch die Billigkeit nicht außer Augen ließ, daß es nicht weiter ging, als es zum Schutz des Eigenthums nöthig war, nnd dem Eigenthümer nicht gestattete, aus zufälligen Ereignissen einen unverdienten Vortheil zu ziehen, oder die Fehler Andeeer zu benutzen, um sich auf ihre Kosten zu bereichern. Darum kann er die auf seinem Boden errichteten Gebäude nie für sich behalten, wenn er dem Bauenden nicht die gemachten Auslagen vergütet; er kann aber auch nicht genöthigt werden, eine Ausgabe zu machen, die seine Kräfte übersteigt, oder etwas zu erwerben, was ihm keinen Vortheil bringt, weil sonst gegen das Verbot des Landrechtssatzes 545 ein indirekter Zwang zur Abtretung des Eigenthums stattfinden würde, und deßhalb ist ihm zum Schutz des Eigenthums das Recht gegeben, die Entfernung des Gebäudes zu verlangen, welches er nicht erwerben will. War jedoch der Bauende in gutem Glauben, so muß er jedenfalls entschädigt, und es kann die Entfernung nicht begehrt werden; nur hat der Eigenthümer die Wahl, ob er den Werth des

Digitized by Google

Werkstoffs und des Arbeitslohns, oder die Summe ersetzen will, um welche der Boden an seinem Werth erhöht worden ist, weil es unbillig wäre, ihn mehr bezahlen zu lassen, als der Gegenstand werth ist, welchen er dafür erhält.

Während also nach römischem Recht dem Eigenthümer des Bodens alle darauf errichteten Werke und Gebäude, kraft seines Eigenthumsrechtes und ohne Entschädigung zufielen, kann er sie nach unserem Landrecht nur gegen Bezahlung der Auslagen erwerben, wenn er dieß nicht will, kann er den Bauenden wohl zur Hinwegräumung anhalten, er muß ihm aber das Material überlassen. Während dort der in gutem Glauben Handelnde nur, wenn er im Besitz war, Entschädigungsansprüche machen konnte, hat er sie bei uns unbedingt, er mag noch im Besitz sein, oder nicht.

3) Kann dem vindicirenden Eigenthümer die Einrede der persönlichen Verpflichtung entgegengehalten werden?

Die Bejahung dieser Frage wird keinem großen Zweifel unterliegen. Die Kläger haben sich zwar darauf berufen, daß der Käufer einer Liegenschaft, welcher den Eintrag unterlassen habe, nach Landrechtsatz 1583 a von den Gerichten nicht als Eigenthümer betrachtet werden dürfe, und deßhalb die Urkunde gar nicht zu berücksichtigen sei; allein allgemeine gesetzliche Bestimmungen sind nur da maßgebend, wo die Parthieen nicht etwas Anderes festgesetzt haben, und als Parthie gelten die Kläger, wenn sie einen besondern Vertrag abgeschlossen haben, kraft dessen sie in die Verbindlichkeiten des Verkäufers eingetreten sind, ein solcher Vertrag ist für sie gleich einem Gesetz, er erfordert redlichen Vollzug, Landrechtssatz 1134, und sie können sich daher auf die Bestimmung des Landrechtsatzes 1583 a nicht berufen, um das Versprechen zu vereiteln, sie können den Mangel des Eintrags nicht vorschützen, wenn sie sich persönlich verpflichtet haben, dessenungeachtet den Kauf unangefochten zu belassen.

4) Ist der Verkauf an den Beklagten perfekt?

Wie schon oben bemerkt wurde, haben die Kläger vorgeschützt, es sei dem Kaufvertrag vom 11. August 1840 durch einen Nachtrag noch die Bedingung beigefügt worden, daß Peter G. ein Säghäuslein bauen müsse, und es sei die Annahme dieser Bedingung von Seiten des Käufers nicht beurkundet, der Verkauf sei daher gar nicht zu Stande gekommen, der Verkäufer brauche ihn nicht zu halten, und wenn sie auch in dessen Verbindlichkeiten eingetreten seien, wäre er für sie eben so wenig bindend.

Dem steht jedoch entgegen, daß Peter G. sich als Eigenthümer benommen und den Mühlenbau ausgeführt hat, daß diese Handlungen nur unter der Voraussetzung der Beistimmung zu der Clausel vorgenommen werden konnten, und also, wenn man auch auf den Umstand, daß, wie die ganze Urkunde, so auch der Nachtrag von der Hand des Peter G. geschrieben ist, — kein Gewicht legen wollte, jedenfalls die stillschweigende Einwilligung vorhanden wäre, welche nach Landrechtssatz 1108 a und b gleiche Kraft mit der ausdrücklichen und wörtlichen Erklärung hat. Es war demnach die Behauptung des Beklagten, daß er die Bedingung erfüllt habe, was nach Landrechtssatz 1179 rückwärts auf den Anfang des Geschäftes wirkt, nicht zum Beweis auszusetzen. Ueberhaupt würde dieser Umstand höchstens den Verkäufer berechtigt haben, auf die Erfüllung der Bedingung zu dringen, die Kläger können sich aber nicht darauf berufen, insbesondere dann nicht, wenn der Verkäufer durch Ueberlassung der Wiese an Peter G. seine Verbindlichkeit freiwillig erfüllt und damit den Vertrag genehmigt hatte. Landrechtssatz 1338.

Ebensowenig hätten die Kläger aus dem Grunde den Vertrag beanstanden können, daß er durch eine Privaturkunde ohne sicheres Datum bewiesen werden sollte, indem sie sich in der Urkunde vom 1. Dezember 1840 ausdrücklich auf den Vertrag zwischen Lorenz M. und Peter G. vom 11. Aug. 1840 bezogen und dadurch anerkannt haben, daß er von älterem Datum sei, als ihr Kauf, welcher erst am 26. Oktober 1840 statthatte.

5) Liefert die Urkunde vom 1. Dezember 1840 den Beweis, daß die Kläger den Kauf des Beklagten anerkannt haben?

Der Inhalt dieser Urkunde ist bereits mitgetheilt worden. Betrachtet man sie für sich allein, so scheint der Schluß keinen Sinn zu haben, denn die streitige Wiese liegt in einer andern Gemarkung als die versteigerten Liegenschaften, sie wurde nicht ausgeboten, und es konnten sich daher die Kläger in Bezug auf diese nicht zur Zurücknahme ver-

pflichten, wenn der Beklagte das Gebot nicht halten wolle. Dennoch wurde irgend etwas auf sie Bezügliches festgesetzt, beide Theile sind darin einverstanden, beide behaupten, daß durch die Urkunde das jetzt streitige Verhältniß regulirt werden sollte. Es konnte demnach nur bestimmt worden sein, entweder daß der Vertrag vom 11. August 1840 in Kraft bleiben solle, oder daß die Kläger sich ihre Rechte auf Anfechtung desselben vorbehalten. Die erstere Ansicht wird durch die Verbindung des Schlusses mit dem Eingang unterstützt, es hätten alsdann die Kläger sich verbindlich gemacht, die Liegenschaften, welche der Beklagte bei der Versteigerung erwerbe, auf sein Verlangen zurückzunehmen, die Wiese aber nicht, weil in Bezug auf diese ein Vertrag zwischen ihm und Lorenz M. vorliege, bei welchem es verbleiben solle. Für die andere Ansicht sprechen die durchstrichenen Worte „und den Ausstellern dieses freie Wahl über letztere zusteht"; auf diese Worte kann aber, gerade weil sie durchstrichen sind, kein Werth gelegt werden. Die Kläger haben zwar in der Beweisanfechtung angeführt, es sei die Urkunde nur in den Händen des Beklagten gewesen, das Durchstreichen der Worte, welche ihr den wahren Sinn geben, könne deßhalb nur durch ihn geschehen sein, und da sie sonach verfälscht sei, könne sie keinen Beweis liefern; allein in der Produktionstagfahrt wurde die Urkunde ohne Beanstandung anerkannt, die erst mit der Beweisanfechtung vorgebrachte Behauptung der Verfälschung kann als verspätet nicht beachtet werden, und es muß angenommen werden, daß das Ausstreichen durch die Aussteller der Urkunde, oder doch mit deren Willen geschehen sei.

Da der wahre Sinn und die Bedeutung dee Worte aus der Urkunde selbst nicht mit Sicherheit entnommen werden kann, und sie dunkel und verschiedener Auslegung fähig ist, so wird es darauf ankommen, ob sie durch andere Vorgänge erläutert wird. Zu diesem Behufe hat der Beklagte zwei weitere Urkunden vorgelegt, deren Zulässigkeit von den Klägern bestritten wird, weil dadurch mit Dritten eingegangene Rechtsgeschäfte beurkundet worden seien, dieselben also auf das Verhältniß der jetzt streitenden Personen keine Wirkung äußern könnten; allein nach Landrechtssatz 1156 a kann die Absicht der Vertragspersonen auch ausserhalb der Vertragsurkunde erhoben werden, wenn diese aus sich selbst nicht zu erklären ist, und wenn die beiden weitern Urkunden auch keinen direkten Beweis liefern können, so dürfen sie zur Auslegung der andern um so mehr benutzt werden, als diese jedenfalls den Anfang eines schriftlichen Beweises liefert, Landrechtssatz 1347, der durch Vermuthungen unterstützt werden kann, Landrechtssatz 1353.

Die eine Urkunde enthält einen Vertrag zwischen Peter G. und Justin Z. vom 2. Mai 1841, wornach der Letztere dem Beklagten für die Sägmühle das Wasserrecht aus dem Fetzenbach um 100 fl verkauft. Bei dieser Urkunde sind zwei der Kläger als Zeugen unterschrieben. Wenn nun auch dieser Vertrag für sie keine Verbindlichkeit begründen kann, so war doch sicher ihr Zuzug nicht ohne Bedeutung, und wenn sie nicht allein dem Vertrag anwohnten ohne Einsprache zu machen, sondern auch die Urkunde, in welcher erwähnt wird, daß der Beklagte eine Sägmühle am Fetzenbach baue, ohne Vorbehalt ihrer Rechte unterschrieben, so wird dadurch allerdings die Annahme unterstützt, daß sie durch die Urkunde vom 1. Dezember 1840 den Verkauf des Lorenz M. anerkannt haben.

Die zweite Urkunde betrifft einen Vertrag, durch welchen die Kläger am 23. Juni 1841 die Wiese am Fetzenbach, mit Ausnahme des jetzt streitigen Theils, an Lorenz M. zurückverkauft haben. Schon der Umstand, daß sie nur einen Theil der ohnehin kleinen Wiese zurückverkauften, deutet darauf hin, daß sie sich nicht als Eigenthümer des andern Theils betrachteten; es erhellt dies aber noch mehr daraus, daß sie den Peter G. als Anstößer bezeichneten, und ausdrücklich erwähnten „bis an das Wässerungswuhr, welches Peter G. vertragsgemäß herzurichten berechtigt ist." Da gerade auf das vertragsmäßig erworbene Recht hingedeutet wird, so macht dies sehr wahrscheinlich, daß die Urkunde vom 1. Dezember 1840 nach der Ansicht des Beklagten ausgelegt werden muß.

Faßt man jedoch Alles zusammen, so bleibt immer noch Zweifel und es kann der Beweis nicht als erbracht gelten, folglich ist die Auflage eines Notheides erforderlich, wobei es sich jedoch weiter fragt:

6) Wer soll den Notheid schwören?

Für den Beklagten spricht, daß die undeutliche Fassung der Urkunde den Ausstellern zur Last fällt, diese also keinen Vorzug in Anspruch zu nehmen haben, und daß sie überdies bei den nachfolgenden Vorgängen nicht offen gehandelt haben. Dennoch wird ihnen der Reinigungseid aufzuerlegen sein, weil nach Landrechtssatz 1162 derjenige mehr zu begünstigen ist, der eine Verbindlichkeit

überkommen soll, und hauptsächlich weil von ihnen die Wahrheit mit mehr Sicherheit zu erwarten ist, §. 635 der Proceßordnung; denn einmal sind sie die besten Ausleger ihrer eigenen Worte, und dann haben sie ein geringeres Interesse als der Beklagte, indem es sich bei ihnen um die Erlangung einer unbedeutenden Wiese handelt, bei dem Beklagten aber außerdem um die Erhaltung einer kostspieligen Anlage und den Betrieb des Gewerbes. Rüßlin.

II.

Ueber das Patronatrecht der Standesherrn im Großherzogthum Baden.

Erläutert durch einen Rechtsfall von Oberhofgerichts-Sekretär Dr. Löw in Mannheim.

Die Fürstlich Leiningen'sche Standesherrschaft verlangte in der Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin von Churmainz mittelst einer bei dem Großherzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreises eingereichten Klage, daß der Großherzogliche katholischen Kirchenfiscus für schuldig erklärt werde, ihr das Recht der Besetzung der zweiten Lehrerstelle an der Realschule zu Külsheim einzuräumen. Diesem Begehren wurde von Seiten des Großherzoglichen Fiscus zunächst die Einrede entgegengesetzt, daß die Gerichte nicht competent seien, über die Klage zu entscheiden.

Obgleich die Befugniß zur Ertheilung von Staats-, Kirchen- oder Schulämtern an und für sich nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte angehört, und der Großherzogliche Fiscus nach §. 14 der Verfassungsurkunde und §. 4 der Prozeßordnung nur in den aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringenden Streitigkeiten vor den Landesgerichten Recht zu nehmen hat, so sind doch mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie nach der Mediatisation verschiedener Reichsstände das Großherzogthum constituirt, und deren Rechte zwischen ihnen und dem Souverain getheilt wurden, alle diejenigen Streitigkeiten, welche zwischen dem Staate und einem Standes- oder Grundherrn darüber entstehen, ob eine gewisse Berechtigung zu dem Umfange der Souverainetätsrechte, oder zu dem Umfange der standes- oder grundherrlichen Rechte gehören, ausdrücklich vor die Landesgerichte gewiesen worden;

§. 6 lit. e. der landesherrlichen Verordnung vom 6. May 1807, Regierungsblatt pro 1807 Nro. 16. pag. 57.

§. II. Nro. 2 der landesherrlichen Verordnung vom 21. März 1812, Nro. XIV. pag. 76.

und namentlich ist dies auch bezüglich der Streitigkeiten, welche über das Recht, oder die Gültigkeit einer Ernennung zu einer Pfarr- oder Schulstelle entstehen, durch den §. 13 des ersten Constitutions-Edicts vom 14. Mai 1807 geschehen.

Die vorgeschützte Einrede der mangelnden Competenz der Gerichte zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist mithin unbegründet, und wurde von dem Großherzoglichen Hofgerichte mit Recht verworfen.

In der Hauptsache wurde das Patronatrecht der Klägerin an und für sich von dem Großherzoglichen Fiscus nicht bestritten, sondern nur die in Anspruch genommene Ernennung des zweiten Lehrers an der Schule zu Külsheim.

Das Großherzogliche Hofgericht gieng — indem es die angestellte Klage abwies — von der Ansicht aus, daß zwar der §. 41 des dritten Constitutions-Edicts vom 22. Juli 1807 den Standesherrn die Vergebung von Kirchen- und Schuldiensten in den Fällen belasse, wo sie diese Befugnisse besitzlich und rechtlich hergebracht haben, daß auch nach Art. 14 der deutschen Bundesacte das Kirchenpatronat unter Anderem nur nach Vorschrift der Landesgesetze ausgeübt werden solle, daß ferner diese Berechtigung der Fürstlich Leiningen'schen Standesherrschaft in gleicher Weise durch den §. 20 der landesherrlichen Declaration vom 22. März 1833 vorbehalten, und die Befugniß zur Ernennung der Schullehrer da eingeräumt worden sei, wo solche auf einem ihr zur Seite stehenden Herkommen beruhe, daß jedoch von einem Besitz oder Herkommen der Klägerin in Bezug auf die Ernennung des zweiten Lehrers an der Schule zu Külsheim darum keine Rede sein könne, weil diese in Folge des Schulgesetzes vom 30. Mai 1834 (Regierungsblatt Nr. 25) und vom 28. August 1835 (Regierungsblatt Nr. 45) neu errichtete Stelle im Jahre 1837 zum erstenmale, und zwar von der Großherzoglichen Staatsregierung vergeben worden sei, daß der Klägerin kein bestätigtes Vorkommniß hinsichtlich der Besetzung dieser Lehrerstelle zur Seite stehe, wie es der oben allegirte §. 13 des ersten Constitutions-Edicts erfordere, daß, da nach eben dieser Gesetzesstelle

die Ernennung ständiger Kirchen- und Schulbeamten in der Regel den Staatsregenten zukomme, das von der Klägerin angesprochene Patronatrecht sonach der strengsten Interpretation unterliege, und nach dem Gesagten der Klägerin die Besetzung der gedachten Lehrerstelle nicht eingeräumt werden könne.

Dagegen erkannte das Großherzogliche Oberhofgericht am 28. April 1840 reformatorisch dahin:

daß der Großherzogliche katholische Kirchenfiscus unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen schuldig sei, der Fürstlich Leiningen'schen Standesherrschaft das Recht der Ernennung zu der zweiten Lehrstelle in Külsheim einzuräumen;

und zwar aus folgenden Gründen:

Durch das erste Constitutions-Edict wurde die kirchliche Staatsverfassung in dem Großherzogthum Baden neu constituirt, und insbesondere die Rechte der Kirche und des Staates genau geschieden. In dem §. 13 dieses Edicts wurde der Kirchengewalt das Recht eingeräumt, für sich die nach Gutfinden wandelbaren Gehülfen der angestellten Kirchen- und Schuldiener zu benennen, die Ernennung der ständigen Kirchen- und Schulbeamten aber, welche eine eigens dazu gewidmete Pfründe, oder sonst ein vom Staate gesichertes Dienstgehalt haben, als ein Recht des jeweiligen Staatsregenten in der verfassungsmäßigen Form bezeichnet, in so weit nicht durch besonders bestätigte Vorkommnisse der Pfarr- und Schulsatz von einem Dritten rechtmäßig erworben wird, oder ferner zugesichert ist. Der gesetzlichen Regel nach hat daher der Regent die ständigen Kirchen- und Schulbeamten zu ernennen, und von dieser Regel sind nur zwei Ausnahmen gemacht worden, nämlich die eine, wenn bestätigte Vorkommnisse vorhanden sind, worunter nichts Anderes zu verstehen ist, als wenn das Patronatrecht auf irgend eine zulässige Weise von einem Dritten erworben worden war, z. B. durch fundatio, extructio, oder donatio ecclesiae, und die andere, wenn das Recht der Ernennung dieser Beamten einem Dritten, welcher es früher ausgeübt hat, ohne Rücksicht auf den Grund dieser Ausübung ferner zugesichert ist.

Das Ernennungsrecht der Gemeinden zu geistlichen Aemtern wurde durch das zweite Constitutions-Edict gänzlich aufgehoben, und deren Ernennungsrecht zu Schuldiensten durch die Verordnung vom 21. November 1807 Regierungsblatt vom Jahr 1808 Nro. 2. pag. 9 und 10.

Eine Ausnahme der letztern Art enthält aber der §. 41 des dritten Constitutions-Edicts vom 22. Juli 1807, welcher die staatsrechtlichen Verhältnisse der durch die rheinische Bundesacte vom 12. October 1806 mediatisirten Reichsfürsten und Grafen feststellt, zu deren Gunsten dahin, daß denselben die Vergebung von Kirchen- und Schuldiensten an geprüfte, und dienstfähig im Lande erkannte Subjecte an allen Orten des Staats verbleibe, wo sie diese Befugniß bisher besitzlich und rechtlich hergebracht haben, und der §. 20 der landesherrlichen Declaration vom 22ten Mai 1823 Regierungsblatt vom Jahr 1823 Nr. 25. pag. 140 hat die Befugniß der klagenden Standesherrschaft zur Ernennung der Schullehrer, wo solche auf einem ihr zur Seite stehenden Herkommen beruht, ausdrücklich anerkannt. Schon die Worte:

„an allen Orten";

die Verbindung, in welcher der §. 41 des dritten Constitutions-Edicts steht, und dessen Worte:

so weit der Pfarr- und Schulsatz einem Dritten ꝛc. ꝛc.

ferner zugesichert ist, zeigen, daß die zu Gunsten der Standesherrn gemachte Ausnahme von der gesetzlichen Regel, die Ernennung der Schullehrer durch den Regenten eine ganz allgemeine bezüglich des Ernennungsrechts aller solcher Beamten an einem Orte ist, wo die Standesherrn diese Ernennungen bisher unbeschränkt ausgeübt haben, ohne Rücksicht auf die Zahl der einzelnen Beamten, und diese Auslegung erhält auch eine weitere Stütze dadurch, wenn man darauf zurückgeht, auf welche Weise die übrigen staatsrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Staat und den Standesherrn festgestellt, insbesondere wie deren frühere Berechtigungen zwischen ihnen und dem Staat getheilt wurden, und wenn man der ertheilten, resp. belassenen Berechtigung zur Vergebung von Kirchen- und Schuldiensten einen erheblichen Vortheil für die Standesherrschaften, nämlich bei den Kirchen- und Schulbeamten solche Beamte zu haben, die sich ihres besondern Vertrauens erfreuen, unterstellt.

Unterliegt es nun keinem Zweifel, daß die klagende Standesherrschaft das Recht der Vergebung der Kirchen- und Schuldienste in Külsheim bisher immer allein ausgeübt hat, so ist auch damit nachgewiesen, daß ihr dieses

Recht ausschließlich zusteht, da die fernere Belassung desselben nicht sowohl von einer privativen Erwerbung, als vielmehr von der Ausübung durch die Standesherrschaften abhängig gemacht ist, daß dasselbe daher auch nothwendig das Recht zur Vergebung der durch die vermehrte Seelenzahl in Gemäßheit der Bestimmungen des neuen Schulgesetzes hervorgerufenen zweiten Lehrerstelle an der Schule zu Külsheim in sich begreift, und daß es hinsichtlich dieser Stelle eines besondern Herkommens nicht bedarf.

Wie aus der Einleitung zu der Verordnung vom 12ten April 1808 über die Ausübung der Kirchenlehenherrlichkeit (Regierungsblatt vom Jahr 1808 Nr. XII. pag. 101 flgde.) hervorgeht, so sollen durch dieselbe die Bestimmungen des ersten und dritten Constitutions-Edicts durchaus nicht geändert, sondern nur über die Art der Ausübung der den Standes- und Grundherrn vorbehaltenen Kirchenlehenherrlichkeit Bestimmungen getroffen werden.

Der §. 27. dieser Verordnung enthält Bestimmungen über die Vertheilung der Pfründen und Dienste, oder deren Zusammenschlagung mit andern, und gestattet solche, selbst gegen den Willen der Lehenherrn, jedoch immer nur unter Vorbehalt ihres Antheils an dem Ernennungsrecht zu der neuen Pfründe, oder der Pfründe, zu welcher die ihrige geschlagen wurde, und der §. 28. verfügt, daß, wo bei einer Vertheilung der Pfründe oder Dienste die neue Pfründe ganz aus Mitteln errichtet wird, welche unter der unmittelbaren Leitung des Lehenherrn stehen, oder wenn auch Gemeinden zur Dotirung der neuen Pfründe beigezogen werden, jedoch nur solche, welche dem nämlichen Lehenherrn grundherrlich angehören, diesem auch das Ernennungsrecht zu der neuen Pfründe allein zukommen müsse, woraus dann folgt, daß, da nach dem zweiten Titel und zweiten Abschnitte des neuen Schulgesetzes §. 13. sqq. vom 28. August 1835 (Regierungs-Blatt vom Jahr 1835 Nr. XLV. pag. 310), die Besoldung für die zweite Lehrerstelle an der Schule zu Külsheim, so weit die alte Pfründe unzureichend ist, aus Orts- und Distriktsfonds und Mitteln der Gemeinde zu bestreiten ist, welche erstere unter unmittelbarer Leitung der klagenden Standesherrschaft stehen, und welch letztere ihr grundherrlich angehört, und da nicht behauptet ist, daß, und welchen Zuschuß etwa die Staatskasse, oder unter der unmittelbaren Leitung des Staats stehende Stiftungen leisten, die angezogene Bestimmungen der allegirten Verordnung der angesprochenen Berechtigung nicht nur nicht im Wege stehen, sondern vielmehr noch eine weitere Begründung derselben enthalten.

III.

Anfrage.

In der Regel steht das Erkenntniß über Steuer- und Zoll-Vergehen, wenn sie überhaupt an die Gerichte gebracht werden, den Aemtern zu.

In dem Art. 3 des provisorischen Gesetzes vom 18. Februar 1836. Regierungsblatt Nr. 10. S. 66; eben so im Art. 4 des Gesetzes vom 22. Juni 1837. Regierungsblatt Nr. 20. S. 132; ferner im Art. 42 der Verordnung vom 4. April 1838 — das Verfahren in Zollstrafsachen betreffend, Regierungsblatt Nr. 16. S. 143; endlich im Art. 39 der Verordnung vom nämlichen Tage, das Verfahren in Steuerstrafsachen betreffend, Regierungsblatt Nr. 17. S. 158 ist aber davon die Rede, daß die Hofgerichte das Erkenntniß zu geben haben, wenn die auf das Vergehen gehegte Strafe die Befugniß des Unterrichters übersteigt.

Es fragt sich nun: welches sind nach den besonderen Gesetzen oder Verordnungen die einzelnen Fälle, in denen die Hofgerichte zu erkennen haben? *).

*) Nach §. 4 a des Strafedikts in Verbindung mit dem §. 1. Nr. 2 der Verordnung vom 21. August 1813 haben in Defraudationsfällen die Aemter zu erkennen:

1) wenn es sich (wie dies bei Zoll-, Accis- und andern Steuervergehen fast immer der Fall ist) um eine festbestimmte (allgemein gleichförmige oder genau nach dem defraudirten Betrage bemessene) Strafe handelt, unbedingt, fosern nur keine peinliche Strafgattung gedroht ist;

2) wenn es sich um eine unbestimmte oder relativ unbestimmte (d. h. innerhalb eines gegebenen Maximums und Minimums arbiträre) bürgerliche Strafe handelt, bis zu dem Maaße von 4 Wochen Gefängniß, oder einer diesem Maaße gleichkommenden Geldstrafe, wobei z. B. in Zollvergehen nach §. 7 und 29 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837. Regierungsblatt. S. 279 für den Tag Gefängniß 1 fl. 30 kr., also für 4 Wochen 42 fl. gerechnet werden.

Handelt es sich daher um eine peinliche Strafe, oder hält das Bezirksamt bei unbestimmten Strafen z. B. in den Fällen des §. 13 und der §§. 34—40 des Zollstrafgesetzes dafür, daß im einzelnen Falle eine höhere als vierwöchentliche Gefängnißstrafe oder als eine dieser gleichkommende Geldstrafe zu erkennen sei, so sind die Akten dem Hofgericht zum Erkenntnisse vorzulegen.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 29. October 1842.

I.

Ueber den Wechselvertrag nach französischem und badischem Recht.

Erster Theil.

Von der Natur des Wechselvertrags und von den daraus entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten.

§. 1. Der Wechsel ist eine Urkunde, demnach der Ausdruck des Willens der contrahirenden Personen, das äußerlich erkennbare Zeichen dessen, was diese mit einander verabredet haben. Der Wechsel setzt ein Uebereinkommen voraus, dessen Dasein er beurkundet, gerade so wie durch den Schuldschein ein Darlehen, durch die Quittung eine Zahlung, durch das Testament der letzte Wille beurkundet wird.

Der Vertrag, der dem Wechsel zu Grund liegt, (der Wechselvertrag, contrat de change) wird wohl niemals mit ausdrücklichen Worten abgeschlossen. Die Rechtslehrer unterstellen ihn, um das zwischen Aussteller und Remittenten obwaltende Verhältniß zu erklären, wie die Erscheinungen in der Natur von den Physikern auf ein Gesetz zurückgeführt werden.

Die Wahrheit eines solchen Gesetzes wird dadurch erprobt, daß alle Naturerscheinungen mit ihm in Einklang stehen.

In gleicher Weise ist es Aufgabe der Rechtslehrer, den Begriff des Wechselvertrags so aufzustellen, daß die durch das Gesetz normirten Verhältnisse zwischen dem Aussteller und dem Remittenten damit übereinstimmen.

Diese Aufgabe hat *Pardessus* in seinem schätzbaren Werke:

Cours de droit commercial Nr. 318

in folgender Weise gelöst.

Er sagt:

> Le contrat de change est une convention, par laquelle l'un des contractants s'oblige à faire payer une certaine somme dans un lieu déterminé pour une valeur, qui lui est promise ou donnée dans un autre.

Diese Definition bezeichnet sehr treffend, bündig und kurz das Wesen des Wechselvertrags:

> „In diesem Vertrag übernimmt ein Theil (der Aussteller) die Verbindlichkeit, eine bestimmte Summe durch einen Dritten auszahlen zu lassen, wofür der andere (der Remittent) ihm den Werth giebt, oder zu geben verspricht."

Pardessus hält zwar auch das für ein wesentliches Merkmal, daß die Wertherstattung an einem anderen Orte, als an dem der Ausstellung des Wechsels geschehen müsse. Doch gehört diese Vorschrift des positiven französischen Rechts nicht in die Begriffsbestimmung.

Man darf übrigens nicht, wie manche Schriftsteller gethan haben, sich zu dem Irrthum verleiten lassen, als sei der Wechselvertrag ein zweiseitiger Vertrag (contrat bilatéral, synallagmatique. Art. 1102. c. c.) So z. B.

Nouguier. Des lettres de change Nr. 4.

Das würde zu Folgerungen führen, die der Natur des Wechsels ganz und gar widerstreben: in jedem zweiseitigen Vertrag wird gesetzlich die resiliatorische Clausel unterstellt, d. h. ein Theil kann wegen Nichterfüllung des andern die Auflösung des Vertrags fordern.

Art. 1184 c. c.

Man wird aber nicht annehmen können, daß der Wechselaussteller seiner Verbindlichkeit enthoben zu werden verlangen könne, wenn der Remittent sein Versprechen, ihm den Gegenwerth zu zahlen, nicht erfüllt.

Zweiseitige Verträge müssen auch in so vielen Exem-

Digitized by Google

plaren ausgefertigt werden, als Personen bei denselben betheiligt sind.

Art. 1325 c. c.

Aber noch ist es Niemanden eingefallen, diese Vorschrift auf Wechsel anzuwenden.

Die Ansicht, als sei der Wechselvertrag ein zweiseitiger Vertrag, stützt sich darauf, daß in den Art. 160—172 des Handelsrechts von den Rechten und Verbindlichkeiten des Wechselinhabers gehandelt wird, woraus hervorgehe, daß der Wechselinhaber, mithin auch der Remittent, als erster Inhaber, ebenfalls Verbindlichkeiten zu erfüllen habe. Man hat aber dabei das Wesen der zweiseitigen Verträge nicht gehörig ins Auge gefaßt. Bei diesen ist jeder Theil in der Art verbindlich, daß der andere auf die Erfüllung klagen kann.

Sogar ein Verzicht auf das aus dem zweiseitigen Vertrag entspringende Recht befreit nicht von der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit. Ganz anders ist es bei dem Wechselvertrag. Der Wechselinhaber ist allein berechtigt, Erfüllung zu verlangen. Er kann nicht auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten belangt werden. Auch kann er auf sein Recht einseitig verzichten, und ist dadurch aller Verbindlichkeit entledigt. Wenn daher das Gesetz von den Verbindlichkeiten des Wechselinhabers handelt, so ist dieser Ausdruck in einer anderen als der gewöhnlichen Bedeutung gebraucht.

Unter diesen Verbindlichkeiten sind die Bedingungen zu verstehen, an welche die Ausübung des Rechts gebunden ist. Der Inhaber muß die Zahlung am Verfalltage fordern. Art. 161. Wenn diese nicht erfolgt, muß er den folgenden Tag absagen (protestiren) lassen. Art. 162.

Unterläßt er diese Handlungen, so kann ihn Niemand dazu zwingen, aber sein Recht ist durch diese Unterlassung gefährdet.

Ein ähnlicher Fall tritt z B. unter den Eigenthümern zweier anstoßenden Häuser ein. Der Eine darf, um sich Licht zu verschaffen, Fenster in seine Mauer brechen, wenn diese auch unmittelbar auf des Nachbars Gut stößt. Aber er darf dieses Recht nur unter gewissen Bedingungen ausüben. Die Fenster müssen verschlossen und vergittert sein; sie dürfen erst 6 resp. 8 Fuß über dem Boden anfangen; die Eisenstäbe dürfen höchstens 3½ Zoll von einander entfernt sein u. s. w. (Art. 676 und folgende des Landrechts.)

§. 2. Der Wechselvertrag ist seinem Wesen nach ein einseitiger Vertrag (contrat unilatéral).

Es verspricht nämlich der Wechselaussteller, dem Remittenten eine bestimmte Summe an einem bestimmten Tage und Ort auszahlen zu lassen, wie bei dem Darlehensvertrag der Entleiher sich verbindlich macht, dem Darleiher eine Summe nach gewisser Zeit zurückzuzahlen. Bei dem einen wie bei dem andern Vertrag wird wohl vorausgesetzt, daß derjenige, welcher die Verbindlichkeit übernimmt, durch einen Gegenwerth zu dieser Verbindlichkeits-Uebernahme bestimmt worden sei. Dieser Gegenwerth erscheint daher als Vertragsursache (cause, causa debendi) und kommt nur als solche bei dem Wechselvertrag in Betracht. Wenn daher auch, wie es zuweilen geschieht, der Remittent den Gegenwerth nicht sofort gibt, sondern zu geben verspricht, so übernimmt er zwar bei Gelegenheit des Wechselvertrags ebenfalls eine Verbindlichkeit, aber dieser zufällige Umstand ändert nichts an dem Wesen jenes Vertrags.

Dieses Versprechen ist als gesonderter Nebenvertrag zu betrachten, der zwischen dem Aussteller und dem Remittenten seine vollkommene Wirkung äußert, aber für dritte Personen ohne Wirkung ist, während der Wechselvertrag für alle diejenigen, welche in die Rechte des Remittenten eintreten, wirksam bleibt. Es erklärt sich dieses leicht aus dem bekannten Rechtssatz, daß man wohl Rechte, aber nicht Verbindlichkeiten nach Willkühr übertragen kann. Hat daher der Remittent bei Gelegenheit des Wechselvertrags eine Verbindlichkeit übernommen, so behält er diese, wenn er auch sein aus dem Wechselvertrag erworbenes Recht cedirt. Diese Trennung des Rechts und der Verbindlichkeit ist in anderen Fällen nicht gestattet — aber bei dem Wechsel nothwendig, weil sonst dessen Circulirung gehemmt, und sein wesentlichster Vortheil vernichtet wäre.

§. 3. Die ältern Schriftsteller haben viel über die Natur des Wechselvertrags gestritten, indem die Einen ihn als Kauf, die Andern als Tausch, wieder Andere als Darlehen betrachteten.

Mittermaier, deutsches Privatrecht, 4te Ausgabe, §. 231.

Nouguier l. c. Nr. 6 und Note 1.

In der neuern Zeit sind beinahe alle Schriftsteller darüber einverstanden, daß der Wechselvertrag ganz eigenthümlicher Natur sei.

Digitized by Google

Insbesondere wird man hieran vom Standpunkte des französischen Rechts nicht im Mindesten zweifeln können. Wenn nämlich der Wechselvertrag, wie wir oben gesehen haben, kein zweiseitiger Vertrag ist, so kann er schon um deßwillen weder Kauf noch Tausch sein. Aber es lassen sich noch andere wesentliche Verschiedenheiten aufzählen.

Wenn man nämlich in dem Wechselvertrag einen Kauf sieht, so muß man unterstellen:

„der Aussteller verkaufe eine Forderung, die er an den Bezogenen habe, dem Remittenten, der den Kaufpreis entweder sofort zahle, oder zu zahlen verspreche."

Eigentlich ist hiermit eine Cession gemeint, wie auch Savary, der Verfasser der Ordonnanz von 1673, welche bekanntlich die Grundlage des französischen Wechselrechts bildet, in seinem Werke le parfait négociant, Parère 70 sagt:

Change est cession, vendition d'argent:

und Jousse in seinem Commentaire sur l'ordonnance de 1673. Paris 1828, tit. 5 pag. 102.

Une lettre de change est une cession ou transport d'une somme d'argent que le tireur de la lettre de change fait au profit de qui il la tire.

Es wird hierbei vorausgesetzt, daß der Aussteller eine Forderung an den Bezogenen habe, die er dem Remittenten cedirt. Aber bekanntlich werden sehr häufig Wechsel gezogen, ohne daß der Aussteller irgend eine Forderung an den Bezogenen hat. So z. B. besteht das Geschäft vieler Wechselhäuser darin, daß sie die auf sie gezogenen Wechsel, ohne Deckung, acceptiren, wogegen der Aussteller verbunden ist, die Deckung vor der Verfallzeit einzusenden. Es kömmt ferner sehr häufig vor, daß ein Wechselhaus auf ein anderes trassirt, ohne an dieses eine Forderung zu haben, nur um den augenblicklich günstigen Curs zu benützen.

In diesen und ähnlichen Fällen läßt sich nicht behaupten, daß der Aussteller eine Forderung cedire, oder einen Verkauf effektuire, da es an jedem Kaufgegenstand gebricht. Dieser Ansicht steht ferner entgegen, daß Wechsel für gekaufte Waaren ausgestellt werden können, wobei also die Rollen gewissermaßen vertauscht sind, indem der Aussteller als Käufer, der Remittent als Verkäufer erscheint.

Der Kauf ist in diesem Fall die Veranlassung zu dem Wechselvertrag, und dieser selbst enthält nur ein Uebereinkommen über die Art der Zahlung des Kaufpreises. Sieht man aber in diesem Uebereinkommen die Cession einer Forderung, so würde, weil der Gegenwerth in Waaren besteht, eher die Analogie des Tausches als des Kaufes passen.

Diesen Gesichtspunkt hat *Raphael de Turri* in seinem Tractatus de Cambiis quaestio 3 Nro. 2 aufgestellt:

Cambium est commutatio pecuniae absentis cum praesente.

Eben so *Cleirac.* Usance du négoce. Paris 1659.

Cette négociation est une permutation (ἀργυρίου ἀλλαγή), un troc de pécune présente contre une autre pécune absente.

Diese Art, die Sache zu erklären, beweist zu viel, weil hiernach jedes Darlehen als ein Tausch angesehen werden müßte.

Bei dem Darlehen giebt man eine Summe hin, und erhält dafür das Versprechen einer künftigen Rückerstattung; bei den Wechseln aber geschieht dieß nicht durchgängig: der Remittent kann nämlich den Wechselwerth schuldig bleiben, in welchem Falle gewiß kein Tausch vorhanden ist. —

Am meisten verbreitet ist die Ansicht, daß der Wechselvertrag ein Darlehen enthalte, wobei der Remittent als Darleiher, der Aussteller als Entleiher erscheint. *Nouguier* widerlegt diese Ansicht in dem bereits angeführten Werke: des lettres de change Nro. 4, wie sie auch schon früher durch *Dupuys de la Serra.* L'art des lettres de change. Paris 1828, cap. III. Nro. 2—11 bekämpft worden war. Es genügt hier an der einzigen Bemerkung, daß ein Darlehen da nicht vorhanden sein kann, wo der Remittent kein Geld, sondern Waaren für den Wechsel giebt, oder wo er den Wechselbetrag schuldig bleibt.

Da nach dem Bisherigen der Wechselvertrag Aehnlichkeit mit allen diesen Verträgen hat, und gleichwohl wieder von ihnen verschieden ist, so sieht *Pardessus* l. c. Nro. 319 ihn als eine Mischung verschiedener Verträge an:

le contrat de change se compose de la combinaison de divers contrats:

wobei er jedoch berichtigend hinzusetzt:

il n'en a pas moins sa nature particulière, qui ne

permet pas de le confondre avec d'autres, même avec ceux dont il est formé.

Ungefähr in gleicher Weiſe ſpricht ſich *Nougnier* l. c. Nro. 6 aus:

Cette opération participe de la vente, de la cession et de l'échange mais non pas d'elles seules: autour d'elles viennent se groupee plusieurs autres contrats, qui, pouvant en faire partie, le rendent un contrat à part, soumis à des dispositions toutes speciales.

Gleichwohl bleiben dieſe Schriftſteller die Beantwortung der Frage, welches die rechtliche Natur dieſes Vertrags ſei, ſchuldig.

Mittermaier l. c. bezeichnet dieſe einigermaßen näher, indem er den Wechſelvertrag einen contractus innominatus:

„do aut facio ut facias"

nennt. Der Remittent giebt oder verſpricht einen Werth, wogegen der Ausſteller eine Summe durch einen Dritten auszahlen zu laſſen verſpricht. Jedoch iſt nur das Verſprechen des Ausſtellers Gegenſtand des Wechſelvertrags, wogegen der vom Remittenten gegebene oder verſprochene Werth die Vertragsurſache bildet. Jene Bezeichnung Mittermaier's iſt daher nicht ganz zureichend.

Man wird aber vielleicht der Wahrheit ziemlich nahe kommen, wenn man den Wechſelvertrag betrachtet als ein vom Ausſteller dem Remittenten gegebenes Verſprechen, daß der Bezogene ihm oder ſeinem Ceſſionar eine gewiſſe Summe zur beſtimmten Zeit, am beſtimmten Ort zahlen werde.

Dieſes Verſprechen legt dem Ausſteller natürlich die Verbindlichkeit auf, zu bewirken, daß der Bezogene dem gemäß handle. Zahlt dieſer, ſo iſt das Verſprechen erfüllt, wo nicht, ſo iſt der Ausſteller Entſchädigung ſchuldig, weil jedes nicht erfüllte Verſprechen die Pflicht zur Entſchädigung nach ſich zieht.

Art. 1142 c. c.

Hieraus erklärt ſich leicht das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Ausſteller und dem Remittenten. Dieſer iſt Gläubiger des erſtern, er hat aber keine Forderung an ihn unmittelbar, ſondern kann ſich deßfalls nur an den Bezogenen wenden. Je nach deſſen Benehmen wird entweder die Forderung getilgt, oder es erwächst dem Remittenten aus der Weigerung des Bezogenen eine Entſchädigungsforderung gegen den Ausſteller.

Dieſe aus allgemeinen Principien gezogene Folgerung kann durch eine ſpecielle Beſtimmung des franzöſiſchen Civilrechts unterſtützt werden.

Art. 1120 des Code civil ſagt nämlich:

On peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci; sauf *l'indemnité* contre celui qui s'est porté fort, ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse, de tenir l'engagement.

Wer überhaupt verſpricht, daß ein Dritter etwas thue, muß entſchädigen (ſchadlos halten), wenn dieſer Dritte das Verſprechen zu thun verweigert.

Die Klage auf Schadloshaltung (l'action en indemnité) ſetzt daher die Weigerung des Dritten voraus.

Dieſe muß vor Anſtellung der Klage konſtatirt ſein, mit anderen Worten: man kann gegen den Ausſteller eines Wechſels nicht eher klagen, bis der Bezogene die Zahlung des Wechſels verweigert hat.

Pardessus l. c. Nro. 417.

§. 4. Dieſer Geſichtspunkt einer Verbindlichkeit zur Entſchädigung wegen des nicht erfüllten Verſprechens, der ſich aus allgemeinen Principien und aus dem Civilrecht rechtfertigen läßt, ſcheint aber nicht den Verfaſſern des Code de commerce vorgeſchwebt zu haben.

Wenn man berückſichtigt, daß die Ordonanz von 1673 die Grundlage des Code de commerce in der Lehre vom Wechſelrecht bildete, und daß ſowohl *Savary*, der Verfaſſer jener Ordonanz, wie *Jousse* der bedeutendſte Commentator derſelben, von der Anſicht ausgiengen, als enthalte der Wechſelvertrag eine Ceſſion mit Gewährleiſtung für die richtige Zahlung, ſo darf man ſich nicht wundern, dieſe Anſicht im Code de commerce wieder zu finden.

Dieſer ſagt vom Ausſteller:

il est tenu à la garantie solidaire envers le porteur.

Art. 140.

Und giebt dem Wechſelinhaber im Fall der Nichtzahlung durch den Bezogenen die action en garantie gegen den Ausſteller.

Art. 164.

Unter Garantie verſteht man die Gewährleiſtung ſowohl dinglicher wie perſönlicher Rechte.

S. *Merlin* Repertoire, mot. Garantie §. I. und IX.

Hier wo es ſich nach der Anſicht der Verfaſſer des Code von einer vom Ausſteller an den Remittenten über-

Digitized by Google

tragenen Forderung handelt, iſt daher unter Garantie die Gewährleiſtung, daß der Bezogene die übertragene Forderung zahlen werde, zu verſtehen, d. i. die garantie de fournir et faire valoir.

S. *Merlin* ibid. mot. Garantie des Créances. §. II.

Cette garantie, ſagt dieſer Schriftſteller, ne constitue en la personne du garant d'autre qualité que celle de *caution* du debiteur.

Hiernach wäre das Rechtsverhältniß des Ausſtellers zu dem Remittenten das einer Bürgſchaft (cautionnement).

Von dieſem Geſichtspunkte gehen auch alle franzöſiſchen Schriftſteller aus, ohne jedoch dieſe Anſicht näher zu begründen, was wohl daher rühren mag, daß nach dem Sprachgebrauch das Wort garant bei perſönlichen Rechten die nämliche Bedeutung hat, wie caution. So ſagt *Devilleneuve* in ſeinem Dictionaire du droit commercial. mot. Garant.

Garant est celui, qui est tenu de l'accomplissement de l'engagement pris par un autre.

Vergleicht man dieſe Definition mit dem Art. 2011 des Code civil, lautend:

Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le debiteur n'y satisfait pas lui-même.

ſo wird man ſich leicht überzeugen, daß die franzöſiſchen Juriſten ſchon durch die Bedeutung jener Worte darauf geführt wurden, den Ausſteller als Bürgen zu betrachten.

Es muß jedoch darauf aufmerkſam gemacht werden, daß der Ausſteller nicht als einfacher Bürge, ſondern als Garant *solidaire* vom Geſetze bezeichnet wird. Es tritt daher die in Art. 2021 des Code civil vorgeſehene Ausnahme ein, kraft deren die Wirkung einer ſolchen Verbindlichkeit nach den Vorſchriften über Sammtſchulden Art. 1200—1216 zu beurtheilen iſt.

Hieraus geht hervor:

1) daß der Ausſteller nicht, gleich dem Bürgen, (ſ. Art. 2022), die Einrede, es müſſe der Hauptſchuldner zunächſt ausgeklagt werden, geltend machen kann,

2) daß er auch nicht die Einrede der Theilung, im Falle mehrere Perſonen den Wechſel ausgeſtellt haben, vorſchützen darf, wiewohl dieſe Einrede nach Art. 2026 dem Bürgen zuſteht. Art. 1203 Code civil.

Locré. Esprit du Code de commerce ad art. 140.

Man darf übrigens nicht überſehen, daß die Wirkungen der Sammtverbindlichkeit ſich nicht ſoweit erſtrecken, die Natur des obwaltenden Rechtsverhältniſſes (der Bürgſchaft) ganz aufzuheben. Der Ausſteller iſt daher nicht Sammtſchuldner (débiteur solidaire), ſondern ſammtverbindlicher Bürge. Er iſt nur auf den Fall verhaftet, wenn der Bezogene nicht zahlt, und der Wechſelinhaber muß, ehe er die Gewährleiſtungsklage gegen ihn anſtellen kann, die Zahlung bei dem Bezogenen gefordert, und deſſen Verweigerung conſtatirt haben. Art. 164 Code de c.

Pardessus l. c. Nro. 182 in fine Nro. 417.

Aus dem Vorſtehenden ergiebt ſich als Reſultat:

„der Ausſteller verſpricht im Wechſelvertrag, der Bezogene werde den Wechſel zahlen, muß daher bewirken, daß der Bezogene zahle, andernfalls aber entſchädigen.“

Nach dem poſitiven franzöſiſchen Recht wir der als ſammtverbindlicher Bürge des Bezogenen angeſehen, und kann auf Gewähr deſſen, was er verſprochen hat, belangt werden, wenn der Bezogene nicht zahlt.

§. 5. Hiernach laſſen ſich die Verbindlichkeiten des Ausſtellers aus dem Wechſelvertrag beſtimmen. Er iſt verbunden:

1) zu bewirken, daß der Bezogene an dem Verfalltage zahle.

Zu dieſem Zweck ſoll er dem Bezogenen Nachricht davon geben, daß er einen Wechſel auf ihn abgegeben habe, mit Beifügung des Betrags, der Verfallzeit und der Perſon, zu deren Gunſten der Wechſel gezogen iſt.

Art. 117 a. und folgende des badiſchen Handelsrechts.

Pardessus l. c. Nro. 323

Er ſoll ferner den Bezogenen in den Stand ſetzen, zu zahlen, d. h. ihm die Mittel zur Zahlung übermachen. Denn im Allgemeinen und ohne Unterſtellung beſonderer Verhältniſſe wird Niemand geneigt ſein, für einen Andern zu zahlen.

Solche beſondere Verhältniſſe können von der Uebermachung der Zahlungsmittel an den Bezogenen dispenſiren, z. B. wenn der Ausſteller einen dem Wechſelbetrag gleiche oder größere Summe an den Bezogenen zu fordern

Digitized by Google

hat, oder wenn ein Uebereinkommen beſteht, wornach der Bezogene dem Ausſteller einen dem Betrag der Wechſelſumme wenigſtens gleichkommenden Credit verſprochen hat.

Art. 115, 116, 117, Code de c.

Wenn der Bezogene gleichwohl nicht zahlt, ſo iſt der Ausſteller zur Gewährleiſtung verpflichtet.

Hierbei wird jedoch vorausgeſetzt, daß die Zahlung zur rechten Zeit bei dem Bezogenen gefordert worden, und gleichwohl nicht erfolgt iſt. Wäre ſie nicht zur rechten Zeit gefordert worden, ſo könnte der Ausſteller leicht einwenden: Du haſt durch deine Nachläſſigkeit ſelbſt den Schaden herbeigeführt, ich bin daher keine Entſchädigung ſchuldig.

Nach den Grundſätzen der Billigkeit wäre es allerdings Unrecht, wenn der Ausſteller einen Schaden erſetzen müßte, der durch Nachläſſigkeit eines Andern entſtanden iſt, z. B. wenn der Ausſteller dem Bezogenen die Mittel zur Zahlung übermacht, oder den Wechſel für den Betrag einer Forderung an den Bezogenen ausgeſtellt hätte. In dieſem Falle hat der Ausſteller gethan, was er eigentlich ſchuldig war: er hat den Bezogenen in den Stand geſetzt, zu zahlen. Es darf daher vermuthet werden, der Bezogene würde gezahlt haben, wenn die Zahlung zur rechten Zeit an ihn gefordert worden wäre.

Das franzöſiſche Recht geht auch von dieſer Rechtsvermuthung aus, und entbindet im Fall einer verſpäteten Zahlungs-Anforderung den Ausſteller von der Gewährleiſtung, wenn er nachweiſt, daß der Bezogene Deckung hatte.

Art. 117, 170. code de c.

Pardessus l. c. Nr. 392, 435.

Hätte aber der Bezogene keine Deckung von dem Ausſteller erhalten, ſo würde dieſer ſich auf Koſten des Wechſelinhabers bereichern, wenn er, auch im Falle einer Verſpätung, die Gewährleiſtung verweigern könnte. Denn er hat vom Remittenten für Ausſtellung des Wechſels einen Gegenwerth (valeur) empfangen, ohne, ſeiner Verbindlichkeit gemäß, dem Bezogenen die Mittel zur Wechſelzahlung übermacht zu haben. Er muß daher, weil er ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, entſchädigen, und kann mit der Einrede, daß der Wechſelinhaber die Zahlung nicht zur rechten Zeit gefordert habe, nicht gehört werden, weil dieſe Verſpätung ihm keinen Nachtheil brachte.

Pardessus l. c. Nr. 392.

Eben ſo wenig iſt er benachtheiligt, wenn er zwar urſprünglich den Bezogenen gedeckt, aber nachher durch Rechnung, Compenſation oder auf andere Weiſe die Deckung zurückerhalten hat. z. B. die Deckung habe in Waaren beſtanden, welche bei dem Bezogenen zur Beſorgung des Verkaufs lagen, aber nicht verkauft werden konnten, und darum zurückgeſchickt wurden; oder die Waaren ſeien verkauft, aber von dem Käufer direct an den Ausſteller bezahlt worden. Auch in dieſen Fällen würde der Ausſteller ſich auf Koſten des Remittenten bereichern, wollte er dieſem eine etwaige verſpätete Vorzeigung des Wechſels entgegenhalten, und ſich dadurch von der Gewährleiſtung befreien. Das franzöſiſche Recht hat daher auch in dieſem Falle die Einrede verworfen.

Art. 171. c. d. c.

Pardessus l. c. Nr. 435.

Das Syſtem des franzöſiſchen Rechts iſt demnach dieſes:

Der Ausſteller iſt zur Gewährleiſtung für einen vom Bezogenen nicht bezahlten Wechſel verbunden, wofern die Zahlung am Verfalltag des Wechſels bei dem Bezogenen gefordert wurde. Wäre aber dieſes verſäumt worden, ſo kann hieraus dem Ausſteller eine Einrede erwachſen, wenn er nämlich den Bezogenen gedeckt hatte. Hätte er aber die Deckung ſpäter wieder zurückerhalten, ſo wird hierdurch die Wirkung der Einrede aufgehoben.

Man darf übrigens nicht überſehen, daß als Bedingung jeder Klage gegen den Ausſteller die vorausgegangene Anforderung der Zahlung an den Bezogenen und deſſen Verweigerung derſelben feſtſteht.

Dieſe Anforderung und Verweigerung muß durch den Proteſt (Abſagſchein) richtig geſtellt werden. Keine andere öffentliche oder Privaturkunde kann dieſen erſetzen.

A. 175. c. de c.

§. 6. Das poſitive Recht erklärt den Ausſteller:

2) für verpflichtet, dafür zu ſorgen, daß der Bezogene den Wechſel annehme.

Art. 118. c. d. c.

Dieſe Verbindlichkeit folgt keineswegs ſchon aus der Natur des Wechſelvertrags, iſt aber zur größern Sicherheit des Wechſelinhabers, mithin zur Beförderung des

Wechselverkehrs durch die Gesetze eingeführt. Während der Wechsel, so lange er nicht acceptirt ist, nur den Aussteller verbindlich macht, wird durch die Annahme auch der Bezogene zum Wechselschuldner.

Der Wechselinhaber wird daher immer wohl daran thun, den Wechsel zur Annahme bei dem Bezogenen zu präsentiren.

Pardessus l. c. Nr. 358.

Es hängt natürlich, wo nicht besondere Verhältnisse obwalten — von der Willkühr des Bezogenen ab, ob er den Wechsel annehmen will oder nicht. Thut er es, so wird der Aussteller dadurch seiner Verbindlichkeit, für die Zahlung des Wechsels zu haften (§. 5.) nicht entledigt. Es bleibt vielmehr diese Verbindlichkeit in ihrer vollen Kraft und Wirkung neben der Verbindlichkeit des Acceptanten bestehen.

A. 140. c. de c.

Der Wechselinhaber hat nunmehr zwei Samtschuldner, von denen der Eine (der Acceptant) als Hauptschuldner, der Andere (der Aussteller) als solidarischer Bürge (siehe oben §. 4) zu betrachten ist. — Verweigert aber der Bezogene die Annahme, so hat der Aussteller seiner Verbindlichkeit nicht genügt, und wird daher entschädigungspflichtig. Art. 1120, 1142.

Ein reeller Schaden ist übrigens durch die Nichtannahme nicht zugefügt, es ist vielmehr dem Wechselinhaber eine Sicherheit, auf die er rechnen durfte, entzogen worden. Daher haben die Gesetze den Aussteller im Falle der Nichtannahme nicht sowohl zum Schadenersatz als zur Sicherheitsleistung verbindlich erklärt. Es soll ihm aber frei stehen, statt der Sicherheit Zahlung des Wechsels sammt Kosten zu leisten.

A. 120 c. de c.

Pardessus l. c. Nr. 382

Bedingung der Klage gegen den Aussteller auf Sicherheit oder Zahlung ist auch hier wieder die Weigerung des Bezogenen, den Wechsel anzunehmen. Diese Weigerung muß durch eine Protesturkunde, in gleicher Weise, wie oben erwähnt, constatirt sein. Kein anderes Beweismittel kann diese Urkunde ersetzen.

A. 119, 175. c. de c.

§. 7. Die Rechte des Remittenten entsprechen den Verbindlichkeiten des Ausstellers. Er kann demnach:

1) wider den Aussteller auf Sicherheit oder Zahlung des Wechsels sammt Kosten klagen, falls der Bezogene den Wechsel anzunehmen verweigert, und diese Weigerung durch die Protesturkunde constatirt ist. — Uebrigens steht es durchaus in dem Belieben des Wechselinhabers, ob er den Wechsel bei dem Bezogenen zur Annahme vorzeigen und folgeweise, ob er die bei etwaiger Nichtannahme durch den Aussteller zu leistende Sicherheit begehren will oder nicht. Das Gesetz droht ihm keinen Nachtheil aus der Unterlassung.

Nicht minder steht es in dem Belieben des Wechselinhabers, ob er bei verweigerter Annahme protestiren lassen will oder nicht; mit der Einschränkung jedoch, daß er ohne Protest keine Klage auf Sicherheit gegen den Aussteller anstellen kann. (s. oben §. 6.)

Endlich steht es auch in dem Belieben des Wechselinhabers, wann er den Wechsel zur Annahme bei dem Bezogenen vorzeigen will, in so fern er es nur vor dem Verfalltag des Wechsels thut. Eine Vorzeigung am Verfalltag oder später kann wohl auch die Annahme zur Folge haben und daher ebenfalls von Nutzen für den Inhaber sein. Würde aber die Annahme verweigert, so wäre eine Klage gegen den Aussteller aus diesem Grunde schwerlich zulässig, weil der Aussteller einwenden könnte: „Du hättest am Verfalltage nicht blos Annahme, sondern Zahlung fordern sollen."

Nur Eine Ausnahme macht das Gesetz von der oben erwähnten Regel, in Bezug auf solche Wechsel, welche „nach Sicht" (à vue) gestellt sind. Diese soll der Inhaber innerhalb sechs Monate, von dem Datum ihrer Ausstellung an gerechnet, zur Annahme vorzeigen, widrigenfalls er sein Klagrecht gegen den Aussteller, der den Bezogenen gedeckt hat, verliert.

A. 160. c. de c.

Diese Verfügung war darum nothwendig, weil der Verfalltag dieser Wechsel von ihrer Vorzeigung zur Annahme abhängt.

A. 131. c. de c.

Die Worte „nach Sicht" bedeuten nämlich nichts Anderes als „nachdem der Bezogene den Wechsel gesehen hat." Wird ein solcher Wechsel angenommen, so wird die Verfallzeit nach dem Datum der Annahme, oder wo diese nicht datirt wäre, nach dem Tag der Ausstellung (A. 122. ibid) beurtheilt; wird die Annahme verweigert, so muß diese

Verweigerung durch den Protest constatirt werden, widrigenfalls den Inhaber der oben erwähnte Nachtheil trifft.

Die Verfallzeit eines nicht angenommenen und wegen Nichtannahme protestirten Sicht-Wechsels wird nach dem Datum des Protestes beurtheilt.

A. 131. ibidem.

2) Der Remittent kann ferner gegen den Aussteller auf Gewährleistung klagen, falls der Bezogene am Verfalltag nicht bezahlt hat, und diese Zahlungsweigerung durch die Protesturkunde gehörig constatirt wurde.

A. 118, 140, 164. ibidem.

Das französische Recht hat übrigens bestimmte Fristen gesetzt, binnen deren diese Klage angestellt werden muß.

Es soll nämlich innerhalb 14 Tagen der Wechselinhaber, der den Protest erheben ließ, seinem Cedenten, und eben so der Remittent, wenn er den Protest erheben ließ, dem Aussteller den Protest zustellen und die Klage erheben, wofern der Wohnsitz des Ausstellers nicht über zehn Stunden von dem Orte, wo der Wechsel zahlbar ist, entfeent ist. Für jede fünf Stunden größerer Entfernung wird ein Tag zugegeben.

A. 165. c. de c.

Unser Handelsgesetzbuch hat diesen Artikel nicht ganz richtig wieder gegeben. Die Uebersetzung lautet so, daß man annehmen kann, bei uns müsse nur die Zustellung des Protestes innerhalb 14 Tagen geschehen, die Klage könne auch später erfolgen, wiewohl dies sicherlich nicht in der Absicht des Uebersetzers lag. Die obige kurze Frist gilt aber nur von Wechseln, die im Inlande (Frankreich, Baden) zahlbar sind. Ist der Wechsel im Ausland zahlbar, so setzt Art. 166 größere Fristen. Die Nichteinhaltung derselben hat aber den Verlust des Klagrechts gegen den Aussteller nur dann zur Folge, wenn dieser beweist, daß er den Bezogenen gedeckt hatte. Art. 170 ibidem.

Würde der Aussteller die ursprünglich gegebene Deckung zurückerhalten haben, so muß schon nach dem Grunde des Gesetzes die aus der Verspätung hergenommene Einrede cessiren. Art. 171 ibid.

Pardessus l. c. Nr. 435.

3) Der Remittent hat außerdem wegen eines „Mangelzahlung" protestirten Wechsels das Recht, alles bewegliche Gut des Ausstellers bis zum Belauf des Wechselbetrags sammt Zinsen und Kosten mit Beschlag belegen zu lassen.

Art. 172 C. de c.

§. 8. In dem Vorhergehenden wurde versucht, die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Ausstellers und Remittenten aus dem Wechselvertrag darzustellen. Man kann nun die weitere Frage aufwerfen, ob der Remittent aus dem Wechselvertrag auch gegen den Bezogenen gewisse Rechte erwerbe? Nach der allgemeinen Regel, daß Verträge nur unter den Personen, die sie abgeschlossen haben, ihre Wirkung äußern (Art. 1165 c. c.) muß man diese Frage verneinen. Es ist aber eine dem französischen Rechte eigenthümliche Einschränkung jenes allgemeinen Satzes zu berücksichtigen: Art. 1166 c. c. erlaubt nämlich jedem Gläubiger, die Rechte und Klagen seines Schuldners zu seiner Befriedigung geltend zu machen. Der Remittent ist Gläubiger des Wechselausstellers, kann daher gegen den Bezogenen alle Klagen anstellen und alle Rechte ausüben, welche dem Aussteller selbst gegen den Bezogenen zustehen.

Pardessus l. c. 416.

Selbst wenn der Bezogene in Gant gerathen ist, kann der Wechselinhaber sowohl für den Betrag, welchen der Aussteller an die Masse zu fordern hat, liquidiren, wie auch das Recht der Zurücknahme (revendication), welches etwa dem Aussteller gegen die Fallitmasse zusteht, geltend machen. Dieser Fall kann häufig vorkommen: Jemand verkauft Waaren und zieht für den Kaufpreis einen Wechsel auf den Käufer. Der Inhaber dieses Wechsels sieht, daß die Klage gegen den Aussteller wegen besonderer Umstände zu keinem Resultate führen würde.

Es bleibt ihm daher nur übrig, gegen den Bezogenen die Rechte des Ausstellers geltend zu machen. Wenn nun der Bezogene sich unterdessen zahlungsunfähig erklärt hat, so kann der Wechselinhaber die Waaren, für deren Kaufpreis der Wechsel gezogen wurde, unter den in Art. 576—581 c. de c. (A. 240—245 des Badischen Handelsrechts) angegebenen Voraussetzungen zurückerhalten.

(Schluß folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 5. November 1842.

I.

Ueber den Wechselvertrag nach französischem und badischem Recht.

Erster Theil.

Von der Natur des Wechselvertrags und von den daraus entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten.

(Schluß).

Eben so wenn Jemand einem Correspondenten Waaren zur Besorgung des Verkaufs zusendet, und nachdem ihm der Verkauf angezeigt wurde, für den Betrag auf seinen Commissionaire einen Wechsel zieht, kann der Inhaber dieses Wechsels den etwa ausstehenden Kaufpreis dieser Waaren bei dem Käufer reclamiren, in so weit der Wechselaussteller selbst hiezu berechtigt gewesen wäre.

Art. 581. c. de c. (Art. 245 des Handelrechts).

Eben so kann der Wechselinhaber in der Gant des Bezogenen diejenigen Wechsel oder andere Handelspapiere (Anweisungen, Staatspapiere, Coupons) reclamiren, welche der Wechselaussteller dem Bezogenen zur Besorgung des Einzugs übermacht hat, wenn und so lange diese Papiere noch im Stück bei dem Bezogenen vorhanden sind.

Art. 583. c. de c. (Art. 247 des Badischen Handelsrechts).

Das gleiche Recht hat der Aussteller und folgeweise der Remittent in Bezug auf Wechsel und andere Handelspapiere, welche dem Bezogenen mit der Bestimmung übersendet wurden, um entweder als Deckung für den auf ihn gezogenen oder in seiner Wohnung zahlbaren Wechsel zu dienen, oder um in laufende Rechnung getragen zu werden, vorausgesetzt im letztern Falle, daß der Uebersender dieser Papiere zur Zeit der Uebersendung dem Bezogenen in laufender Rechnung Nichts schuldig war. Art. 583 und 584. c. de c. (Art. 247. 248 des Badischen Handelsrechts).

In so weit sind die Rechte des Remittenten und jedes folgenden Wechselinhabers unbestritten.

§. 9. Aber die französischen Juristen gehen weiter und nehmen an, der Remittent habe ein besonderes Vorrecht an der von dem Aussteller dem Bezogenen gegebenen Deckung; er könne daher mit Ausschluß anderer Gläubiger des Ausstellers diese Deckung für sich allein in Anspruch nehmen.

Pardessus l. c. Nr. 1275.

Nouguier des lettres de change Nr. 95.

Persil Traité de la lettre de change ad art. 116. Nr. 3.

In diesem Sinn hat der französische Cassationshof mehrmal entschieden.

Lauckhardt, Rechtsfälle. Band II. S. 421.

Man geht hierbei von der Ansicht aus, als enthalte der Wechsel eine Cession der Forderung des Ausstellers an den Bezogenen, wobei es der nach dem Civilrecht Art. 1690 nothwendigen Bekanntmachung an den Schuldner nicht bedürfe, um sich, auch diesem gegenüber, in den Besitz der Forderung zu setzen. Wenn nun, so sagt man, der Remittent schon durch die Wechselausstellung Eigenthümer der Forderung des Ausstellers an den Bezogenen wurde, so kann ihm durch die Gant des Ausstellers dieses Eigenthumsrecht nicht entzogen werden.

Die Folge ist richtig, wenn die Voraussetzung wahr ist. Aber schon oben wurde versucht, diese Ansicht der ältern französischen Juristen (Savary, Jousse) zu widerlegen, und gerade die daraus gezogene Folgerung dürfte am meisten dazu dienen, deren Unhaltbarkeit darzuthun. Es ist nämlich gewiß, daß der Aussteller frei über die

Digitized by Google

bei dem Bezogenen befindliche Deckung disponiren, der Remittent aber keinerlei Einsprache dagegen machen kann. Nicht minder gewiß ist es, daß dem Aussteller die Früchte und Zinsen der Deckung bis zum Verfalltag zu kommen, und daß der Remittent hieran Nichts anzusprechen hat. Besteht die Deckung in Waaren, so hat der Aussteller, nicht aber der Remittent den Vortheil vom Steigen und den Nachtheil vom Fallen der Preise. Wenn die Waaren verderben oder zu Grunde gehen, wenn die zur Deckung gegebenen Wechsel nicht bezahlt werden, so trifft der Schaden nicht den Remittenten, sondern den Aussteller. Man darf daher wohl annehmen, daß der Aussteller Eigenthümer der in den Händen des Bezogenen befindlichen Deckung ist, und kann daraus den Schluß ziehen, daß die Ansicht, als werde durch den Wechselvertrag die als Deckung des Wechsels dienende Forderung des Ausstellers an den Bezogenen cedirt, unrichtig ist. Mit dieser Voraussetzung fällt auch die daraus hergeleitete Folge, und es darf darum dem Wechselinhaber kein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern des Ausstellers zugesprochen werden.

Die hier vertheidigte Ansicht ist sehr ausführlich und trefflich entwickelt, in einem Urtheil des königlichen Gerichtshofs in Toulouse vom 17. April 1831.

Lauckhardt, Rechtsfälle Band II. S. 433.

Eben so hat das rheinische Appellationsgericht den 27. Februar 1823 und der königliche Gerichtshof in Brüssel den 19. Februar 1829 erkannt. Auch mehrere bedeutende Autoritäten sind dieser Ansicht.

Pothier. Du contrat de change Nr. 96.

Boulay-Pathy. Des faillites Nr. 373.

Frémery. Etudes du droit commercial chap. 21.

Broicher und *Grim.* Handelsgesetzbuch ad art. 115. Nr. 4.

An diese Streitfrage reiht sich eine andere. Wir haben nämlich oben gesehen, daß der Wechselinhaber, der den Protest oder die Fristen zur Anstellung der Gewährleistungsklage versäumt, den Rückgriff wider den Aussteller verliert, wenn dieser beweist, daß der Bezogene gedeckt war. Wir haben auch gesehen, daß diese gesetzliche Vorschrift ihren Grund darin hat, daß man von der Unterstellung ausgeht, der Bezogene, welcher Deckung hatte, würde auch gezahlt haben, wenn er zur rechten Zeit angegangen worden wäre. Wie aber, wenn der Bezogene zur Verfallzeit des Wechsels seine Zahlungen eingestellt hätte?

In diesem Fall kann die gesetzliche Vermuthung nicht Platz greifen, weil ein Gantmann keine Zahlungen leisten darf. Es entsteht daher die Frage: Kann der Wechselinhaber durch den Beweis der Insolvenz des Bezogenen die aus der gesetzlichen Vermuthung hergeleitete Einrede des Ausstellers entkräften?

Einige Schriftsteller wie *Nouguier* l. c. Nr. 96 und *Pardessus* l. c. ad art. 116. Nr. 4 bringen diese Frage in Verbindung mit der vorigen, indem sie sagen, der Aussteller cedire mittelst des Wechsels die Deckung an den Remittenten; der Verlust könne daher nur diesen treffen. Aber dieses Argument beweist zu viel, man könnte nämlich daraus schließen, der Aussteller sei gar nicht dem Rückgriff unterworfen, auch wenn die Fristen gehörig eingehalten wurden.

Andere Schriftsteller, wie *Pardessus* l. c. Nr. 393. *Broicher* und *Grim.* l. c. ad art. 116 Nr. 4 halten die Einrede des Ausstellers in unserem Fall für unzuläßig, denn die Deckung sei da nicht als vorhanden anzunehmen, wenn der Bezogene nicht zahlen dürfe.

Man pflegt in diesem Falle zu sagen: die Deckung ist zerstört: la provision est detruite par la faillite du tiré. So hat der französische Cassationshof den 7. Februar 1816 und den 30. Juli 1832 entschieden.

s. Lauckhardt l. c. II. pag. 439.

Es lassen sich aber erhebliche Bedenken gegen diese Ansicht geltend machen. Das Gesetz legt dem Aussteller nur die Verbindlichkeit auf, den Bezogenen zu decken, und befreit ihn in diesem Fall von dem Rückgriff, falls der Wechselinhaber die Zahlung nicht zur rechten Zeit gefordert oder die Frist zur Klaganstellung versäumt hat. Das Gesetz statuirt keine Ausnahme für den Fall, wenn der Bezogene in Gant gerathen ist.

Diese Ausnahme muß daher in anderer Art begründet werden. Man sagt nun, die Gant des Bezogenen zerstöre die Deckung. Das ist aber nicht ganz richtig. Denn die Gant macht den Bezogenen nicht schuldenfrei — er bleibt dem Aussteller die nämliche Summe schuldig wie vorher — die Deckung existirt daher bei ihm und ist nicht zerstört. Man kann aber sagen, die gesetzliche Vermuthung, der Bezogene würde bezahlt haben, wenn er am Verfalltag angegangen worden wäre, kann dann nicht

eintreten, wenn er an dieſem Tage nicht zahlen durfte, weßhalb nach der Regel: Cessante ratione legis cessat lex ipsa, dieſer Fall von der Regel ausgenommen werden müſſe.

Darauf läßt ſich erwiedern, daß jene Rechtsregel von den bewährteſten Rechtslehrern beſtritten und dagegen angenommen wird, daß ein Geſetz ſo weit, als ſein dispositiver Theil reiche, gelten müſſe.

Thibaut Pandektenrecht §. 50.

Auch die Analogie des Art. 171 c. de c. iſt nicht ganz zutreffend. Denn hier wird vorausgeſetzt, daß der Ausſteller die Deckung zurückerhalten hat, während ſie in unſerm Falle bei dem Bezogenen bleibt. Es ſpricht auch die Billigkeit nicht entſchieden für den Wechſelinhaber. — Dieſer hat ſich nämlich einen Fehler vorzuwerfen: er hat den Proteſt oder die Friſten für die Gewährleiſtungsklage verſäumt, während der Ausſteller gethan hat, was er zu thun ſchuldig war, indem er dem Bezogenen die Deckung einhändigte. Endlich dürfte in Betracht zu ziehen ſein, daß die Verſäumung der für den Rückgriff geſetzten Friſten ebenfalls den Verluſt des Klagrechts zur Folge hat, und zwar deswegen, damit die aus den Wechſeln entſtehenden Verbindlichkeiten eine ſchleunige Erledigung finden, und der Kaufmann nicht genöthigt iſt, ſeine Kapitalien aus Beſorgniß ſpät auftauchender Anſprüche ſtets in Kaſſe zu behalten, er ſie vielmehr nach Umlauf einer feſtbeſtimmten Zeit als getilgt anſehen kann. Dieſer Abſicht des Geſetzes würde es widerſprechen, wenn man den Ausſteller verbindlich machen wollte, auch für einen zu ſpät proteſtirten Wechſel, ſelbſt wenn er Deckung gegeben hatte, zu haften; denn dieſe Verſpätung könnte ſich auf 5 Jahre hinaus erſtrecken, und den Ausſteller dieſe ganze Zeit hindurch in Beſorgniß erhalten. Vigilantibus jura sunt scripta.

Man mag ſich wohl vorſehen, daß man aus purer Billigkeit gegen den Wechſelinhaber nicht ungerecht gegen den Ausſteller werde.

Dr. Ladenburg.

II.

Tödtung?

Der Ortsvorſtand von Adelhauſen machte am 4. April 1842 die Anzeige, er habe in Erfahrung gebracht, daß der ledige Dienſtknecht Stephan Karle von Adelhauſen ſchon vor mehreren Wochen vor einem Hauſe Schläge bekommen habe, daß deſſen Zuſtand ſich verſchlimmere und ärztliche Hilfe erfordere. Der Gerichtsarzt, welcher hierauf den Kranken beſuchte, beſtätigte nicht allein die Angabe des Bürgermeiſters, ſondern erklärte auch die Verletzung für eine gefährliche. Es wurde nun ſogleich die Legalinſpection vorgenommen und es fand ſich:

1) ein flacher Eindruck in den Schädel von 2" Umfang, der ſich vom hintern Winkel des rechten Seitenwandbeins über die hintere Fontanelle und über die rechte Hälfte des Hinterhauptbeins erſtreckte. Die äußere Hautbedeckung über dieſem Eindruck hatte weder eine Verletzung noch eine Entfärbung erlitten, dagegen zog ſich von hier eine ödematöſe Geſchwulſt über die rechte Seite des Halſes und den ganzen Rücken. Der Kopf war nach hinten und nach der linken Seite zurückgezogen und jede Veränderung dieſer Richtung verurſachte lebhafte Schmerzen.

2) Beide Augen waren vollſtändig erblindet, wobei aber die Sehnerven für die Wirkung des Lichtes empfindlich blieben, indem ſich die Pupillen bei ſtarker Erleuchtung zuſammenzogen, bei verminderter Helle erweiterten. Die Augen ſelbſt waren unverletzt.

Der Kranke konnte nur mühſam einzelne Worte vorbringen und wurde dadurch ſichtlich angegriffen, auch mußte er ſich, während er ſprechen wollte, erbrechen. In abgeriſſenen Worten erklärte er:

„vor etwa 4 Wochen ſchaute ich Nachts um 10 Uhr von der Straße aus durch das Fenſter am Hauſe des C. K., da ſah ich zwei Fremde in der Stube am Tiſch und einen Dritten auf der Kunſt (Ofen) ſitzen; auch waren drei Mädchen da, von welchen ich die Katharina K. und Mechgunda H. erkannte. Die Fremden, welche am Tiſch ſaßen, kamen heraus, jeder hatte einen Bengel, und ohne ein Wort zu ſprechen ſchlugen beide auf mich. Ich weiß von 2 Streichen, die ich erhalten habe, dann fiel ich auf den Boden und bemerkte nur noch, wie die Burſche wegliefen. Ich blieb noch einige Zeit liegen und ſchleppte mich dann nach Hauſe. Den zweiten Tag legte ich mich in das Bett und konnte ſeither nichts arbeiten und nichts vornehmen. Seit einigen Tagen kann ich nicht mehr ſehen. Was ich angegeben habe iſt Alles wahr und ich kann es auf einen Eid nehmen und beſchwören."

Weiter war nichts von ihm zu erheben, indem er ſchon durch die wenigen Worten gänzlich erſchöpft war, und alle

Fragen unbeantwortet ließ. Eben so wenig konnte eine Beeidigung stattfinden, obgleich die Vorbereitung dazu durch den Geistlichen, welcher zur Ertheilung der letzten Oelung gerade anwesend war, vorgenommen wurde.

Nachdem man die Lokalität besichtigt und gefunden hatte, daß die Stube, in welcher die Thäter gewesen sein sollen, 2 Fenster hat, von welchen das eine in den Kraut-, das andere in den Grasgarten, aber keines auf die Straße geht, daß dagegen durch das erstere Fenster der in der Stube stehende Tisch mit einer Bank und die Kunst gesehen werden können, — versuchte man eine nochmalige Einvernahme des Kranken, und er sagte nun, nachdem er mit Hilfe seiner Verwandten aus dem apathischen Zustande geweckt worden war:

„ich habe zu dem Fenster, welches in den Krautgarten geht, in die Stube geschaut und habe deutlich bemerkt, daß 2 fremde Burschе am Tisch saßen. Wer auf der Kunst war, weiß ich nicht und ich kann auch nicht sagen, ob 2 dort waren. Ich habe 2 Streiche bekommen, den ersten hinten in das Genick, den 2ten vornen auf die Stirne."

Nach der Aussage des Dienstherrn des Karle ist dieser in der Nacht, in welcher die Verletzung stattgefunden haben soll, allein nach Hause gekommen und in seine Kammer gegangen wie gewöhnlich, den andern Morgen fütterte er das Vieh und verrichtete seine Geschäfte in der Ordnung, ohne über etwas zu klagen, und auch die folgenden Tage ging er seiner Arbeit nach, theils auf dem Felde, theils zu Hause, er ackrte, säete, fällte Bäume, machte Wellen und dergl., bis etwa 10 Tage vor der Anzeige, wo er durch das anhaltend schlechte Wetter in das Haus gebannt war. Zwar hatte sich schon einige Tage nach dem angeblichen Vorfall eine Geschwulst an dem einen Auge gezeigt, er hatte sie aber für ein Blutgeschwür ausgegeben, sie verging bald wieder und kam an dem andern Auge zum Vorschein, ohne auch da lange zu bleiben. Erst seit der letzten Zeit, wo er zu Hause war, zeigten sich mehrere Krankheitssymptome, er saß fast immer auf der Ofenbank, hing den Kopf, hatte einen unsichern Gang, aß fast nichts, hatte viel Durst, und mußte sich erbrechen, so oft er etwas zu sich nahm, auch bekam er eine große Blatter an der Stirne und eine auf dem Backen, er stach sie auf und es floß Wasser heraus. Ueber seinen Zustand befragt, gab er ausweichende Antworten und erst einige Tage später sagte er, daß er geschlagen worden sei, als er durch das Fenster in das Haus des C. K. geschaut habe; er sprach aber nur von Einem, der ihm mit einem Bengel einen Streich gegeben habe.

Die letzten Tage legte er sich und konnte das Bett nicht mehr verlassen, seit 2 Tagen war er vollständig erblindet, während vorher nie ein Mangel seiner Sehkraft wahrnehmbar gewesen ist.

Auf gleiche Weise erzählt der Sohn des Dienstherrn den Verlauf der Krankheit, nur hat Karle ihm in Bezug auf die erhaltene Verletzung in den letzten Tagen gesagt: daß er durch das Fenster 2 Bursche bei einem Mädchen und noch jemand auf der Kunst gesehen habe; daß Einer auf ihn zugekommen sei, er aber nicht wisse, ob derselbe vorher in der Stube gewesen, oder von der Straße gekommen sei, daß er in den Schoppen gelaufen sei und daß er dort einen Streich erhalten habe.

Auch seinem Onkel hatte Karle die Geschwulst am Auge als ein Blutgeschwür bezeichnet und von einer Verletzung nichts angegeben. Erst nachdem er bereits erblindet war, sagte er ihm: er habe durch das Fenster schauend 2 Fremde mit zwei Mädchen gesehen, an diesem Fenster habe er zwei Streiche bekommen, den einen in das Genick, den andern auf die Stirne. Er sagte auch Diesem, daß er nur von Einem geschlagen worden sei und nicht, daß derselbe aus dem Hause gekommen sei.

So widersprechend diese Angaben auch waren, so hatte doch Karle seinen Zustand stets als Folge erlittener Mißhandlung bezeichnet, und er hatte bei seiner Einvernahme mit vieler Bestimmtheit und wiederholt versichert, daß er von fremden Burschen, die aus dem Hause des C. K. gekommen, geschlagen worden sei. Man forschte daher nach, wer gewöhnlich in das Haus komme, und erfuhr, daß die Tochter des C. K. einen Liebhaber in einem benachbarten Dorfe habe und daß derselbe sie gewöhnlich Sonntag Abends besuche; die Verletzung sollte an einem Sonntag stattgefunden haben, und so mußte natürlich starker Verdacht auf den Liebhaber Anton A. fallen. Es wurde deßhalb sogleich, bevor noch die Nachricht von der eingeleiteten Untersuchung in das Dorf gekommen sein konnte, ein Gendarm dahin geschickt und A. zu Vermeidung von Collusionen in das Amtsgefängniß verbracht, während die Hausbewohner noch in Adelhausen vernommen wurden.

Sowohl C. K., als seine Frau und die Tochter Katharina betheuerten, daß an jenem Sontag Abend die ganze

Familie schon um 9 Uhr im Bett gewesen und daß Niemand mehr in das Haus gekommen sei. Auch der Nachbar bestätigte dies mit dem Bemerken, daß er Abends bis gegen 9 Uhr dort gewesen sei, daß C. K. und die Tochter in das Bett gegangen seien, während er noch da war, und daß er Niemand in dem Hause angetroffen habe. Ebenso versicherte Mechunda H., welche von Karle als anwesend bezeichnet worden war, daß sie an jenem Sonntag Abend gar nicht ausgegangen sei. Kein Zeuge wollte davon wissen, daß jenen Abend Jemand in dem Hause gewesen, oder daß überhaupt etwas vorgefallen sei.

Die Tochter Katharina gab offen an, daß ihr Liebhaber Anton A. sie fast jeden Sonntag Abend besuche, behauptete aber, daß er an jenem Sonntag nicht da gewesen, sondern statt dessen am Dienstag gekommen sei und sein Ausbleiben damit entschuldigt habe, daß er am Sonntag gebeichtet hätte.

Den andern Tag wurde der verhaftete Anton A. vernommen und dieser erzählte mit Katharina übereinstimmend, daß er an jenem Sonntag, weil er Communionstag war, die Beichte verrichtet, und daß er es für unschicklich gehalten habe, nachher noch über Feld zu gehen, er sei deßhalb zu Hause geblieben. Das ganze Benehmen trug das Gepräge offener Unbefangenheit.

Inzwischen kam die Nachricht, daß Karle noch in der Nacht gestorben sei. Das Resultat der Section war im Allgemeinen:

1) An dem geöffneten Schädel, der von dünner Knochensubstanz war, fand sich der bei der Legalinspection bezeichnete Knocheneindruck, aber weder Risse und Brüche, noch eine Veränderung der Farbe, keine Spur von Entzündung oder Verwachsung der harten Hirnhaut, keine Eiterung, kein Extravasat, keine Wasseransammlung; nur waren die Blutgefäße stark mit Blut angefüllt, das Blutadernez der rechten Gehirnhöhle mehr als jenes der linken.

2) In der Brusthöhle und dem Herzbeutel war große Wasseransammlung und ebenso in dem Zellgewebe an der Außenfläche des Körpes.

3) In mehreren Organen des Unterleibs fand sich ähnliche Blutanfüllung wie in dem Kopfe; Leber, Magen und Dünndarm waren ungewöhnlich geröthet. Auf der Außenfläche der Gedärme hatte sich sulzige Masse gelagert, und in der Bauchhöhle eine bedeutende Masse Wasser gesammelt.

Die allgemeine Hautbedeckung des Körpers war sehr derb und trocken.

War durch den Verlauf der Untersuchung die Angabe des Karle über die Art, wie er die Verletzung erhalten schon höchst verdächtig geworden, so erregte nun das Ergebniß der Section den Zweifel, ob die Erscheinungen und der Tod überhaupt durch eine äußere Einwirkung hervorgerufen, oder ob sie Folge eines allgemeinen Krankheitszustandes waren. — Es schien die Erzählung des Karle wieder mehr an Wahrscheinlichkeit zu gewinnen, als Anastasia K. deponirte: etwa 10 Tage nach dem angeblichen Vorfall habe Katharina K. ihr gesagt, daß Karle in ihrem Schoppen geschlagen worden sei und daß die Leute behaupten, ihr Vater habe es gethan, und als hiezu noch die Erklärung der Mechgunda H. kam: 8 Tage nach jenem Sonntag habe sie den Karle am Brunnen gesehen und eine Geschwulst an seinem linken Auge bemerkt; auf ihr Befragen habe er angegeben, „daß er in C. K's Garten Streiche bekommen, weil er gehorcht habe"; den andern Tag habe sein Dienstherr die Katharina K. in ihrem Beisein gefragt, was sie mit seinem Knecht gemacht hätten, worauf sie erwidert habe: „weiß denn der Stephan nicht, daß ein Geist in unserem Garten ist?" — Allein wenn daraus auch hervorging, daß Karle schon früher Schläge als die Ursache seines Unwohlseines angegeben hatte, so kam doch wenig Licht in das Chaos von Zweifeln und Widersprüchen, und der gegen C. K. entstandene Verdacht verschwand wieder völlig, als dem Gerede näher auf den Grund gegangen wurde. Es stellte sich nämlich heraus, daß wirklich die Sage ging, in dem Garten des C. K. sei ein Geist, und daß Katharina nur aus diesem Grunde auf die Erzählung des Dienstherrn, daß Karle vor ihrem Hause geschlagen worden sei, scherzweise hinwarf, ob derselbe denn nicht wisse, daß ein Geist da sei; sie fügte auch sogleich hinzu, daß ihr von Allem nichts bekannt sei. Es ergab sich ferner, daß dieser Scherz allein den Dienstherrn auf den Gedanken brachte, C. K. müsse darum wissen, oder es vielleicht selbst gethan haben. Er forderte ihn deßhalb auf, dem Karle einen Schnaps zu geben, damit dieser ihm keine Unannehmlichkeiten bereite; C. K. erwiderte aber, er werde das nicht thun, indem er dem Karle nichts schuldig sei und die Leute sonst mit Grund glauben könnten, er habe wirklich etwas verschuldet. Sonst hatte Niemand etwas darüber gesprochen, und nur diese

Aeußerung des Dienstherrn hatte die Katharina K. veranlaßt, zu ihrer Freundin zu sagen, die Leute vermuthen, ihr Vater habe den Karle geschlagen.

Hinsichtlich des Karle stimmten sämmtliche Zeugenaussagen dahin überein, daß er in hohem Grade verstandesschwach und fast blödsinnig gewesen sei, daß er oft verwirrt gesprochen, einmal so und einmal anders geredet habe, daß er häufig wie von Sinnen gewesen sei und daß man sich auf seine Angaben durchaus nicht verlassen könne.

In dieser Lage befand sich die Sache, als durch das gerichtsärztliche Endgutachten ausgesprochen wurde, es sei medicinisch nicht zu erweisen, was die Ursache des Todes gewesen; es seien Symptome einer Krankheit vorhanden, welche für sich allein alle vorgefundene krankhafte Erscheinungen hervorbringen und den Tod herbeiführen konnte; der Schädeleindruck könne schon längere Zeit vorhanden gewesen sein, er könne jedoch, wenn er erst vor Kurzem und durch eine Verletzung verursacht worden sei, nachtheilig auf die Krankheit eingewirkt haben. Da hiernach der Thatbestand eines Verbrechens nicht hergestellt werden konnte, so mußte die Untersuchung auf sich beruhen. Immerhin aber enthält sie ein merkwürdiges Zusammentreffen von Widersprüchen jeder Art, eine reiche Quelle von Zweifeln für den Arzt wie für den Richter. Auf der einen Seite wird man zu der Annahme eines Verbrechens hingezogen, wenn man bedenkt, daß ein Schädeleindruck vorhanden war, und daß der Kranke, wenn auch nicht gleichförmig in den einzelnen Theilen, doch stets consequent angegeben hat, er sei geschlagen worden, als er durch das Fenster geschaut habe; daß er dies schon 8 Tage nach dem angeblichen Vorfall und später wiederholt aussagte und vor dem Richter mehrmals betheuerte, nachdem er vorher von dem Geistlichen zur Angabe der Wahrheit ermahnt war; daß er Einzelheiten beschrieben, die Personen in der Stube bezeichnet und 2 namentlich genannt hatte; daß er endlich gerade die Stelle, wo der Schädeleindruck war, als den Ort angab, wohin ein Streich gefallen sei; und daß auch nicht der entfernte Grund vorhanden ist, anzunehmen, er habe aus Feindschaft, Rache, oder irgend einer andern Rücksicht absichtlich die Unwahrheit gesprochen. — Auf der andern Seite kommt dagegen zu erwägen, daß der Schädeleindruck isolirt dasteht, weder Riß oder Bruch, noch irgend Anzeichen vorliegen, welche auf eine äußere Verletzung auch nur entfernt hindeuten und der Schädeleindruck demnach mit mehr Wahrscheinlichkeit für einen organischen Bildungsfehler ausgegeben werden kann; das Eintreten des Todes aber durch die Anzeichen einer innern Krankheit zur Genüge erklärt wird. Die Unrichtigkeit der Behauptung, es seien Leute in der Stube gewesen, ist nachgewiesen, und die hierdurch geschwächte Glaubwürdigkeit der Aussage des Kranken wird noch mehr vermindert durch die vielfachen Widersprüche: einmal sollen 2 Bursche und 3 Mädchen, dann nur 2 Mädchen und endlich nur Eines am Tisch gewesen sein; bald wurde von 2 Fremden, bald von einem geschlagen; bald kamen sie aus dem Hause, bald von der Straße; bald geschah es vor dem Fenster, bald im Schoppen, welch' Letzteres nach der Lage und Beschaffenheit des Schoppens gar nicht möglich ist; bald waren es 2 Streiche, bald einer. Offenbar unwahr ist die Behauptung, er habe sich den 2ten Tag in das Bett gelegt und habe seither nichts arbeiten und nichts vornehmen können. Endlich ist die Verstandesschwäche und die bekannte Unzuverlässigkeit des Karle in seinen Angaben wohl zu berücksichtigen, und nicht minder der Umstand, daß die Erzählungen hauptsächlich in die Zeit fallen, wo die Krankheit schon sehr heftig war und einen fieberhaft aufgeregten Zustand im Gefolge hatte.

Faßt man alles zusammen, so wird die Ansicht wohl vorherrschend werden, daß die angebliche Verletzung nie stattgefunden habe und sämmtliche Erscheinungen, sowie der Tod nur durch die innere Krankheit herbeigeführt worden seien. Aber auffallend und unerklärlich bleibt es, wie das leere Phantasiegebilde eines kranken und fast blödsinnigen Menschen soviel innern Zusammenhang und soviel Wahrscheinlichkeit haben soll, daß der Arzt dadurch getäuscht und die Justiz längere Zeit in der Irre herumgeführt werden mußte.

Rüßlin.

III.

Ist das durch das Währschaftsgesetz vorgeschriebene Verfahren bei Strafe der Nichtigkeit einzuhalten? und kann der Beweis nicht auch auf andere Weise erhoben werden?

Aaron W. von S. tauschte am 4. Juli 1842 von Altvogt R. von W. ein Pferd ein. Später kam ihm dasselbe rotzverdächtig vor, und er führte es darauf am 18. Juli nach dem Wohnorte des Vertauschers, um es diesem zu zeigen, und sich mit ihm abzufinden. Da jedoch R. nicht auf den Vorschlag eingehen wollte, so brachte W. das Pferd wieder nach Hause zurück, ließ es von dem Thierarzt besichtigen, und machte den andern Tag im Verein mit diesem bei dem Amt die Anzeige. Es wurde nun nach Anleitung der Verordnung im Regierungsblatt von 1818 Nr. IV das Pferd durch den Physikus untersucht, und als dieser es für rotzverdächtig erklärte, der Thierarzt im polizeilichen Wege beauftragt, mit dem Wasenmeister und in Gegenwart zweier Urkundspersonen das Pferd zu tödten und zu verlochen.

Nachdem dies geschehen war und aus dem Befundbericht des Thierarztes hervorging, daß die Symptome der Rotzkrankheit in hohem Grade vorhanden waren, stellte Aaron W. am 27. Juli bei dem Gerichtsstand des Altvogt R. die Wandelklage an, und stützte dieselbe auf den Vorgang vor der Polizeibehörde, wogegen der Beklagte das Verfahren als nichtig anfocht, weil die Vorschriften des Währschaftgesetzes nicht beobachtet worden seien.

Durch Urtheil vom 17. September wurde die Klage abgewiesen, indem angenommen wurde, daß der Beweis der Krankheit nur auf die durch das Währschaftsgesetz festgesetzte Weise erhoben werden könne, und die einzelnen Bestimmungen bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.

1) Das Gesetz über die Viehmängel und deren Wandel oder Gewährung vom 20. Juni 1806, Regierungsblatt Nr. XVII. schreibt vor, was bei den Wandelklagen zu beobachten ist, und wie der Beweis des Daseins eines Hauptmangels geführt werden muß. Sämmtliche Bestimmungen dieses Gesetzes über das Verfahren müssen daher als eine nothwendige Förmlichkeit betrachtet werden, deren Umgehung die Nichtigkeit unbedingt nach sich zieht, wenn dieselbe auch nicht ausdrücklich angedroht ist. Es folgt dies aus dem allgemeinen Grundsatz des Landrechtsatzes 6 k, aus der Natur der Sache und auch aus dem Eingang zu dem Gesetz selbst. Wenn auch nur für den Fall, daß die Besichtigungsbeschreibung nicht unmittelbar nach der Besichtigung verfaßt worden ist, §. 18, und daß die einseitige Bewirkung der Schau zur Bewahrung des Beweismittels später nicht als nothwendig gerechtfertigt werden kann, §. 20 und 22, der Nichtigkeit besonders erwähnt wird, so ist doch aus § 22 zu ersehen, daß dies nicht die einzigen Fälle sind, sondern daß sie nur beispielsweise angeführt wurden. Die Worte: „Wiederholung der Besichtigung findet nur dann statt, wenn die vorher eingenommene durch eine in ihr selbst liegende Nichtigkeit zerfällt, wohin auch gehört" ꝛc., deuten darauf hin, daß jede Bestimmung über die Vornahme der Schau streng beobachtet werden muß, und im Unterlassungsfall der Beweis nicht als gesetzlich erbracht gelten kann.

Insbesondere ist dies hinsichtlich der Zahl der Sachverständigen anzunehmen; nach §. 17 sollen deren 3 aufgestellt werden, und diese Zahl wird im §. 19 als die gesetzliche bezeichnet, welche beständig zu beobachten ist. Geschah daher die Besichtigung nur durch einen Viehverständigen, oder successive durch zwei, so ist die ganze Expertise ungültig.

Eben so wenig kann der Erfund der Section durch einen einzelnen Sachverständigen in rechtliche Gewißheit gesetzt werden.

Die Anwesenheit des Richters ist eigentlich zwecklos, indem es sich lediglich um Beantwortung technischer Fragen handelt, und auch der Befund bei dem Augenschein nur durch die Sachverständigen angegeben werden kann und soll (§. 18), der Richter also immer als müßiger Zuschauer dabeistehen wird. Ebenso ist die Abordnung eines Gerichtsschreibers bei unserer Organisation, wo der Aktuar, insofern er nicht zugleich Rechtspraktikant ist, auch nicht als Stellvertreter des Richters auftreten kann, ohne Bedeutung; und da nicht bestimmt ist, daß der Gerichtsschreiber das Protokoll aufnehmen soll, sondern in §. 18 vielmehr den Sachverständigen anheimgegeben wird, es selbst zu schreiben oder in die Feder zu dictiren, wie es auch nicht anders sein kann, wenn die Wahl gelassen ist, ob der Richter selbst kommen oder statt seiner den Aktuar schicken will, indem wohl dem Richtee nicht zugemuthet werden kann, sich von den Sachverständigen den Erfund in die Feder dictiren zu lassen, — so wäre es wohl zweckmäßiger, die Anwesenheit des Richters oder Aktuars nicht ferner zu verlangen. Die Sachverständigen könnten füglich angewiesen werden, sich an Ort und Stelle zu begeben, unter Zuzug der Partheien die Untersuchung vorzunehmen, und alsdann den Erfundbericht nebst dem Gutachten dem Richter vorzulegen. — Allein, so lange das Gesetz die Anwesenheit des Richters oder eines Aktuars verlangt, wird man annehmen müssen, daß die ohne ihn vorgenommene Besichtigung und deren Beschreibung unvollständig und somit auch beweislos sei.

2) Abgesehen von diesen Gründen müßte in dem vorliegenden Fall die Abweisung der Klage schon deßhalb erfolgen, weil die Vorschrift des §. 20 nicht eingehalten wurde. Das Gesetz gestattet in dringenden Fällen, wie diese namentlich bei Wandelklagen sehr häufig vorkommen, die einseitige Erhebung des Beweises vor eingeleitetem Prozeß; aber wie alle Ausnahmen von dem gewöhnlichen Verfahren so soll auch dieser Beweis zum ewigen Gedächtniß nur dann zulässig sein, wenn es sich nicht auf andere Art machen läßt. Darum muß nicht allein unmittelbar nach Beseitigung des Hindernisses die Klage vor dem ordentlichen Richter erhoben, sondern es muß auch zugleich nachgewiesen werden, daß es unmöglich war, die Klage früher anzustellen und den Verkäufer beizuziehen. Geschieht dies nicht, so ist die Klage sofort abzuweisen und es ist nach §. 22 die ganze Schau nichtig, wenn die Rechtfertigung der einseitigen Bewirkung derselben nicht geliefert werden kann. Der Kläger hatte nicht einmal angeführt, daß er verhindert gewesen sei, die Klage vorher anzustellen, oder wenigstens den Beklagten beizuziehen; er hat aber auch überhaupt eine vorläufige Beweiserhebung vor dem Richter nicht nachgesucht, und konnte sich deßhalb auf die durch den §. 20 eingeräumte Befugniß nicht beziehen.

Das Gesetz verlangt, daß bei der ohne Zuziehung des Produkten vorzunehmenden Schau für denselben ein Vertreter bestellt werden soll, die Unterlassung dieser Bestellung wird jedoch nicht als ein Nichtigkeitsgrund angesehen werden können: denn, einmal liegt dem Kläger nicht ob dafür zu sorgen, es soll dies von Amtswegen geschehen, und dann ist die Anordnung nicht so kathegorisch vorgeschrieben, daß sie für eine wesentliche Förmlichkeit gelten könnte. Es heißt lediglich: „für welchen (den Gegentheil) nun von Amtswegen ein Vertreter beizuordnen ist"; auch wäre nicht einzusehen, warum dieser Umstand von solcher Bedeutung sein sollte, da die dreifache Zahl verpflichteter Sachverständiger und die Gegenwart des Richters oder seines Stellvertreters

schon die Garantie enthält, daß die Schau auf die gehörige Weise vorgenommen werde.

3) Die bisherige Ausführung bezieht sich auf die Beweiserhebung im gerichtlichen Verfahren, es war aber die ganze Untersuchung von der Polizeibehörde angeordnet, und es ist daher noch weiter zu prüfen, ob die auf anderem Wege erhobene Gewißheit, daß die Krankheit vorhanden war, nicht auch zur Begründung der Klage dienen und als Beweis benutzt werden kann?

Die gerichtliche Beweiserhebung muß auf die durch das Währschaftsgesetz vorgeschriebene Art vorgenommen werden, für die Polizeibehörde ist durch die Verordnung über die Tödtung rotzkranker Pferde im Regierungsblatt von 1818 Nr. IV ein anderes Verfahren festgesetzt; das eine wie das andere soll dazu dienen, die Gewißheit zu verschaffen, daß das Thier an der Krankheit leide. Soll nun das, was für die Gesammtheit als wahr gelten muß, nicht auch für die Privatverhältnisse wahr sein? Soll die durch ein solches Verfahren erhobene Gewißheit hinreichend sein, jemand sein Pferd zu tödten, das Geschirr und alles Holzwerk im Stalle zu zerstören, aber nicht genügend, die Wandelklage zu begründen? Es liegt hierin ein offenbarer Widerspruch, den jedoch nur die Gesetzgebung zu verantworten hat; der Richter darf sich dadurch nicht irre leiten lassen. Er hat nur zu prüfen, ob der Beweis auf die für das gerichtliche Verfahren vorgeschriebene Weise erbracht ist oder nicht, und dieses ist nicht der Fall, wenn nur die polizeiliche Anordnung befolgt wurde. Denn das Währschaftsgesetz sagt ausdrücklich, daß auf die von ihm angegebene Art der Beweis erhoben werden müsse, die polizeiliche Verordnung konnte daran nichts ändern und sie beabsichtigte es auch nicht. Sie stellt im Allgemeinen den Grundsatz auf, daß im öffentlichen Interesse jedes rotzkranke Pferd getödtet werden solle, bestimmt wie das Vorhandensein der Krankheit ermittelt und in welchen Fällen die gesetzliche Entschädigung nach Maßgabe der Verordnung im Regierungsblatt von 1816 Nr. XXI. aus der Staats und Gemeindekasse geleistet werde. Ob dem Eigenthümer auch eine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer des Pferdes zustehe, das berührt die Polizeibehörde nicht, sie hat nur dafür zu sorgen, daß die für ihren Wirkungskreis gegebenen Vorschriften eingehalten werden; ist dies geschehen, so sind die von ihr getroffenen Maasregeln gerechtfertigt und ist, vorausgesetzt daß sich der Fall überhaupt dazu eignet, die Entschädigungspflicht der Staats- und Gemeindekasse begründet. Ist aber die Währzeit noch im Laufe und will der Eigenthümer seinen Rückgriff auf den Verkäufer nehmen, so kann und muß er gleichzeitig mit der Anzeige bei der Polizei die Wandelklage anstellen, oder nach Anleitung des §. 20 des Währschaftsgesetzes die einseitige Beweiserhebung bei dem Richter nachsuchen. Unterläßt er es, so ist der Beweis, daß das Pferd rotzkrank gewesen sei, für ihn verloren und ihm somit die Wandelklage entzogen; es muß dann die Tödtung des Pferdes durch die Polizeibehörde als ein Untergang der Sache durch höhere Gewalt betrachtet werden, wobei der Verlust den Eigenthümer trifft.

Daß das Resultat der polizeilichen Untersuchung, theils weil diese nicht von dem Richter angeordnet wurde, theils weil ihr die übrigen wesentlichen Erfordernisse der für Viehkrankheiten vorgezeichneten Expertise fehlen, für den Richter nicht den Beweis der vorhandenen Rotzkrankheit liefert, wird wohl keinem großen Zweifel unterliegen; es wird aber aus dem hier mitgetheilten Falle nicht minder deutlich hervorgehen, daß es nothwendig ist, mehr Einklang in die einzelnen Theile der Gesetzgebung zu bringen, wenn man nicht will, daß das materielle Recht der Form geopfert und daß Mancher irregeführt werde, der in der Ueberzeugung Alles gethan zu haben, wenn er gleich die Anzeige macht, die gerichtliche Beweiserhebung nachzusuchen unterläßt. Man entgegne nicht, daß jeder das Gesetz kennen soll, und daß er sich die Folgen seiner Nachläßigkeit selbst zuzuschreiben hat: denn vor allen Dingen soll das Gesetz innern Zusammenhang haben und es sollen die Leute nicht in Versuchung geführt werden, die eine Vorschrift über der andern zu versäumen, wie solches jetzt so leicht geschieht, namentlich bei unserer Organisation, wo Polizei und Justiz vereinigt sind. Es ist vorgeschrieben, daß jeder, der ein rotzverdächtiges Pferd hat, sogleich bei Amt die Anzeige mache; hat er dies gethan und hat das Amt darauf die Besichtigung und dann die Tödtung des Thiers angeordnet, so ist es doch dem Unbefangenen kaum zuzumuthen, daß er begreifen soll, daß die von dem Amt als Polizeibehörde erhobene Thatsache vor dem Amt als Gerichtsstelle nicht gelten solle. Noch Auffallender wird dies, wenn gar ein und dieselbe Person beide Funktionen in sich vereinigt, und heute in polizeilicher Eigenschaft das Pferd tödten läßt, weil erwiesen ist, daß es rotzkrank sei, morgen aber als Richter die Wandelklage abweist, weil der Beweis der Rotzkrankheit nicht geliefert werden konnte.

Zweckmäßig möchte es demnach sein, wenn festgesetzt würde, entweder daß von beiden Behörden, also bei'm polizeilichen wie bei'm gerichtlichen Verfahren, der Beweis der Rotzkrankheit auf gleiche Weise zu erheben sei; oder wenigstens, daß die von der Polizeibehörde constatirte Rotzkrankheit auch vor dem Richter als solche gelten solle*).

Zweckmäßig möchte ferner die Bestimmung sein, daß der Richter oder ein Stellvertreter desselben bei Vornahme der Schau nicht anwesend zu sein braucht, oder aber daß er nebst seinem Aktuar anzuwohnen und der Letztere das Protokoll zu schreiben hat, was jedoch der Kosten wegen weniger rathsam wäre.

Nüßlin.

*) Die Beweiserhebung, welche auf das privatrechtliche Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer Wirkung haben soll, wird nach den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen wohl immer nur mit Beizug der Betheiligten oder ihrer Vertreter geschehen können, daß diesen dabei ihre Interessen zu wahren die Gelegenheit werde. Die Polizei nimmt aber von diesem Privatverhältnisse keine Notiz, sie sucht nur für sich vom Dasein der Rotzkrankheit die Ueberzeugung zu gewinnen, nicht aber auch für betheiligte Dritte eine Gewißheit herzustellen. Wollte man ihrem Ausspruche auch gegen Dritte eine privatrechtliche Beweiskraft verleihen, so müßte man ihr vorschreiben, daß sie (wie der Richter) auf Antrag des Eigenthümers auch den Betheiligten Dritten zur Besichtigung beiziehe, oder im Falle der Unthunlichkeit einen Vertreter für ihn bestelle.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 12. November 1842.

I.

Welches sind verletzte Vorschriften des Verfahrens im Sinne des §. 1175 der Prozeßordnung? Ist die Verletzung des Artikel 7 der Novelle eine solche Verletzung?

Erläutert durch einen Rechtsfall.

Bei der Vollstreckung eines Zahlbefehls intervenirte ein Dritter als Eigenthümer des gepfändeten Fahrnißstückes; ohne Beweis seines Eigenthumes anzutreten. Ueber diese Einsprache war sowohl wegen ihrer Natur als Zwischenverhandlung, als auch wegen des Streitbetrages der Hauptsache im abgekürzten Verfahren zu verhandeln.

Der Richter setzte dem Intervenienten zur Antretung des Beweises für sein behauptetes Eigenthum eine Frist von acht Tagen. Die Beweisantretung kam erst nach vierzehn Tagen ein. Der Anwalt des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers verlangte Ausschluß des Intervenienten mit der verspäteten Beweisantretung. Der Richter ließ sie dennoch zu, als binnen der Zeit eingekommen, welche Artikel 7 der Novelle als längste Frist im Falle mangelnder Beweisanticipation im abgekürzten Verfahren zu setzen gestattet. Hierwegen wurde von dem vollstreckenden Gläubiger als wegen Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens Berufung eingeführt. Der Oberrichter verwarf diese; nicht auf die Frage eingehend: ob die Novelle, Artikel 7, wirklich verletzt worden sei, sondern davon ausgehend:

„daß in einer Zulassung einer verspäteten Beweisantretung keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens (im Sinne des §. 1175) gefunden werden könne, indem dabei zwar allerdings eine Vorschrift der Prozeßordnung irrig angewendet, aber nicht im Verfahren, das heißt in der Leitung des Gehöres, sondern in der Beurtheilung des Gehörten, in der Prüfung des vorhandenen Akteninhaltes, und in der Entscheidung darüber gefehlt ist, welcher Fehler nicht als eine Verletzung im Verfahren geltend gemacht werden könne; widrigenfalls jeder nach den Akten unrichtige Entscheidungsgrund als eine solche Verletzung angesehen werden müßte.

Es soll hier nicht untersucht werden, ob im angeführten Falle wirklich Art. 7. der Novelle verletzt war, sondern ob — dieses vorausgesetzt — dann diese Verletzung nach §. 1175 geltend gemacht werden konnte. Es handelt sich also darum, ob, wenn der Richter den Einen Theil an alle Fristen der Verhandlung streng bindet, dem andern aber ohne alle Beschränkung in der Zeit, in und nach den Tagfahrten, auch nach Ablauf der vierzehntägigen Wiederherstellungsfrist, wohl gar nach dem Urtheile, in der Vollstreckungsinstanz, Behauptungen und Beweise nachzubringen gestattet, — in dieser Bewilligung des Gehöres, in der Berücksichtigung des Gehörten eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens gefunden werden muß.

Die angeführten Entscheidungsgründe verweisen auf Blätter für Justiz Band II. S. 185 folgende.

Ein Mißverständniß der dortigen Ausführung scheint dahin geführt zu haben, daß man die Zulassung einer verspäteten Beweisführung für eine Entscheidung über die Materialien („Prüfung, Beurtheilung des Gehörten") ansah, und eine Verwechslung der

Mißleitung des Verfahrens mit einer unrichtigen Entscheidung in der Hauptsache fürchtete.

Allerdings aber wird in der angeführten Abhandlung das Merkmal einer Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens in der Beschränkung des rechtlichen Gehöres der Parteien gesetzt, dagegen ausdrücklich die Zulassung einer verspäteten Beweisführung als ein Beispiel irriger Anwendung eines Prozeßgesetzes hervorgehoben, welche doch nicht als Verletzung im Sinne des §. 1175 genommen werden darf, weil man sonst in's Abgeschmackte kommen würde. Vergleiche §. 192 der angeführten Abhandlung in Blätter für Justiz Band II.

Diese Beschränkung des Begriffes Verletzung des vorgeschriebenen Verfahrens auf Verweigerung des Gehörs ist es nun, wogegen hier einige Bemerkungen folgen sollen.

Die angeführte Abhandlung geht davon aus, daß, wenn eine Verletzung des Verfahrens als Grund der Berufung an den höheren Richter vorhanden sein soll, dann doch nothwendig dem Unterrichter (nicht nur einer der Parteien) etwas zur Last liegen müsse; daraus wird geschlossen: Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens sei gleichbedeutend mit „Verletzung, welche der Richter im Verfahren begangen hat." Nun wird auf das Wort: Verfahren Gewicht gelegt, und postulirt, daß damit nur ein Theil der richterlichen Thätigkeit bezeichnet sein könne. Welcher Theil? Dies soll sich aus dem Gegensatz des Entscheidens ergeben. Der Richter entscheidet, sobald er irgend etwas ihm dargebotenes beurtheilt, d. h. den Inhalt eines Parteivortrages unter eine allgemeine Norm subsumirt, also auch, wenn er ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ab- oder zuerkennt.

Dies soll der gemeinrechtliche Begriff der Decisiv-Decrete sein. Dahin gehört auch Beurtheilung der Parteivorträge in formeller Hinsicht, d. h. hinsichtlich ihrer Uebereinstimmung mit den Prozeßgesetzen.

Nur was übrig bleibt von der Thätigkeit des Richters bildet dessen Verfahren (im Sinne des §. 1175). Diese Unterscheidung soll der Sprachgebrauch des gemeinen Prozeßrechtes empfehlen.

Aus dem Grunde des Gesetzes wird dann weiter gefolgert (S. 187), daß ein besonderes Rechtsmittel (§. 1175. Nr. 3) nur wegen Verletzung der Vorschriften über das Gehör der Parteien stattfinden könne, als der wesentlichsten Bedingung für die Entscheidung des Streites. Dies ist aber so gemeint, daß der Richter nicht durch Gestattung unzulässigen Gehöres die Vorschriften des Verfahrens verletzen soll, sondern nur durch Abschneidung eines nach Vorschrift zuzulassenden Streitmittels.

Ob nun dieses letztere Ergebniß richtig sei, das ist es, was schon oben als Thema dieser Ausführung bezeichnet wurde.

§. 1. Nach gemeinem Sprachgebrauche wären wohl unter Vorschriften des Verfahrens alle Normen der Prozeßordnung zu verstehen. Denn das Verfahren wird am natürlichsten als Vorbereitung dem Urtheilen entgegengesetzt. Vergl. Blätter für Justiz Band II. S. 177.

Es ist also zu prüfen, welche besonderen Gründe für die beschränkende Auslegung des Ausdruckes: Verfahren geltend gemacht werden können.

Bei dieser Prüfung wird es am besten sein, dem angedeuteten Gedankengange des Verfassers der angeführten Abhandlung in den Blättern für Justiz Schritt für Schritt zu folgen.

Allerdings müssen wir zugeben, daß Verletzungen der Vorschriften des Verfahrens, welche eine Berufung an den höheren Richter rechtfertigen sollen, Verletzungen durch den Richter, nicht bloß durch die Parteien sein müssen. Denn wenn eine der letzteren gegen die Vorschriften verfahren will, so soll dies der Richter hindern.

Was folgt aber daraus? Etwa daß wir nicht aus dem Begriffe: Vorschrift des Verfahrens, und aus dem Begriffe: Verletzung den Begriff: Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens zu bestimmen haben, sondern aus dem Subjekte des Richters? Oder ließe sich nicht vielmehr sagen: die Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens durch eine Partei ist an sich kein Grund zur Appellation, weil der Unterrichter selbst eine solche Verletzung nicht zur Ausführung kommen läßt (die Vorschriftmäßigkeit des Verfahrens wahrt, indem er das Widrige ausschließt), eben darum wird ein jeder Vorschriftswidrige Schritt einer Partei zu einer Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, so bald der Richter das Ordnungswidrige gleich dem Vorschriftsmäßigen behandelt?

Digitized by Google

Dies dürfte allerdings zu bejahen sein. Denn die Eigenschaft der richterlichen Thätigkeit, ob er durch eine Begehungs- oder Unterlassungs-, (Gestattungs-) Handlung das Verfahren mißleitet, kann hier unmöglich etwas entscheiden. Der Begriff einer Verletzung der Vorschriften des Verfahrens würde sogar von gleicher Bedeutung bleiben müssen, wenn die Verhandlungen gar nicht durch den Richter geleitet würden.

Schon dies dürfte dagegen sein, in dem Wesen der richterlichen Thätigkeit das Merkmal zur Bestimmung des Begriffs einer Verletzung der Vorschriften des Verfahrens zu suchen.

§. 2. Eben dieß muß sodann Zweifel gegen die Erheblichkeit eines angeblichen Sprachgebrauches des gemeinen Prozeßrechtes erregen, wornach das „Verfahren" des Richters dem „Entscheiden" desselben entgegengesetzt werden soll. Aber auch abgesehen hiervon, so hatte die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen Decisiv-Decreten und prozeßleitenden, wie sie in der angeführten Stelle von Martin hervorgehoben ist (Blätter für Justiz II. S. 186), nicht im entferntesten Bezug auf die Rechtsmittel. Mit Rücksicht auf die letzteren wird der Begriff Decisiv-Decret verschieden bestimmt. Vergleiche Linde, Handbuch §. 36. Wenn irgend die Theorie des gemeinen deutschen Prozesses eine Bestimmung bieten könnte, welche als historische Grundlage zur Erläuterung des §. 1175. Nr. 3 dienen dürfte, so wäre es gewiß der Begriff: substantialia processus, deren Verletzung ein ordentliches Rechtsmittel ohne vorhandene Appellationssumme begründet. Allein dieser Kunstausdruck des gemeinen Prozesses ist eben so vielen Zweifeln unterworfen gewesen, als die fragliche Bestimmung der Prozeßordnung; er kann hier also nicht zur Erläuterung dienen. Nur so viel ließe sich etwa sagen: die Prozeßordnung vermeidet absichtlich die Verletzungen der Vorschriften des Verfahrens auf die wesentlichen zu beschränken, weil man sich bisher vergeblich bemüht hatte, das letztere Merkmal zu fixiren; die Prozeßordnung spricht absichtlich allgemeiner, und ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.

In der Anwendung ist doch kein Ueberfluß von Berufungen wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens zu fürchten, weil in concreto nur diejenige Verletzung dazu dienen kann, die das Endurtheil alterirt hat.

§. 3. Wie dem auch sei, das Hauptargument bleibt immer das aus dem Motive des Gesetzgebers (Blätter für Justiz II. S. 189).

Es wird also geschlossen: es ist nicht einzusehen, weßhalb der Gesetzgeber die Verletzung einer Prozeßvorschrift im Allgemeinen wichtiger behandeln sollte, als die Verletzung eines andern Gesetzes (des Civilrechtes im Endurtheile); um nicht *ad absurdum* zu kommen, muß der Begriff wesentlicher Vorschriften des Verfahrens in den §. 1175. Nr. 3 der Prozeßordnung hineingetragen werden; — dieses vorausgesetzt, erscheint dann nichts so wesentlich im Vergleiche mit dem Endurtheile (wogegen ohne Summe keine Berufung) als eben die unentbehrliche Voraussetzung jedes Endurtheiles, die Gestattung rechtlichen Gehöres. Hiergegen folgendes:

Ist nicht diese Bestimmung des Begriffes der substantialia oder essentialia processus dennoch wieder eine unsichere? Konnte nicht der Gesetzgeber verschiedene Vorschriften des Verfahrens für so bedeutend halten, daß er ein besonderes Rechtsmittel zu deren Schutz geben wollte? Der Gesetzgeber der Prozeßordnung legte namentlich auf die Beschleunigung des Verfahrens in summarischen Sachen großes Gewicht; vergleiche §. 674 vor der Novelle, und Artikel 7 der letzteren. Wenn nun ein Richter diesen Vorschriften zuwider dem Einen Theil längst versäumten Beweis nachzubringen gestattet, und damit die gesetzliche Gleichheit der Streitmittel für beide Parteien aufhebt; wo ist die Wage, welche zeigt, daß hiermit keine wesentliche Vorschrift des Verfahrens verletzt sei?

§. 4. Jedoch hiermit behält die Sache immer wieder etwas schwankendes; es dürfte sich aber zeigen lassen, daß die Beschränkung des Begriffes: Verfahren, wornach darunter nur das wechselseitige Vortragen der Parteien verstanden werden soll, sich selbst aufhebt als in dieser Enge unhaltbar. Es wird daraus gefolgert (S. 185 der Blätter für Justiz), daß der Richter keine Vorschriften des Verfahren verletzt, wenn er eine Beweisantretung nur zuläßt, dann aber alle Beweismittel willkührlich verwirft, oder eine Vernehmlassung (auch eine verspätete) nur annimmt, dann aber das darin vorgetragene qualificirte Geständniß theilt oder nicht theilt der Vorschrift des Gesetzes zuwider. Nun ist doch wohl nicht zu läugnen, daß danach der Schutz, welcher dem rechtlichen Gehör der Parteien gegeben werden soll, illusorisch wäre; der Richter müßte nur hören, aber mit tauben Ohren; er

müßte die Beweisantretung nur annehmen, dürfte aber alle Zeugen ohne Grund verwerfen, ohne daß gegen das leztere §. 1175 Nr. 3. Schutz gewährte. Somit ist die allzugroße Beschränkung des Begriffes: Verfahren ebenfalls nicht gesichert vor dem Einwurfe einer Ungereimtheit.

Das Ergebniß wäre: die Prozeßordnung redet allgemein von verletzten Vorschriften des Verfahrens; allgemeiner als die Theorie des gemeinen Prozesses, welche nur *substantialia* processus unter den Schutz eines besonderen Rechtsmittels stellt; einer Beschränkung des §. 1175 Nr. 3. auf Verweigerung des rechtlichen Gehöres steht entgegen, daß andere Vorschriften des Verfahrens (als die Gebote des Gehöres) nicht minder wesentlich erscheinen, daß eine also beschränkte Vorschrift des §. 1175 in der Ausführung alle Bedeutung verliert; — immer aber bleibt der Einwurf sehr scheinbar: daß es schlecht zusammenpasse, wegen Verletzungen von Prozeßgesetzen eine Berufung ohne Summe zu gestatten, wegen Verstößen gegen andere Gesetze zu verweigern. Man kann hierauf erwiedern: einige Wesentlichkeiten des Verfahrens bedürfen eines besonderen Schutzes; die Unterscheidung der substantialia nach einer allgemeinen Definition ist unausführbar (Mittermaier, in der Vergleichung des deutschen Prozesses schlägt vor: die einzelnen Fälle verletzter Substantialien zu specificiren). Der Gesetzgeber nimmt also alle Vorschriften des Verfahrens unter einen besondern Schutz; im übrigen bleibt die Appellation dennoch an eine Summe gebunden. So rechtfertigt sich die scheinbar monströse Bestimmung einer privilegirten Appellation wegen jeder Verletzung eines Prozeßgesetzes am Ende aus der besonderen Nothwendigkeit; und man wird jedenfalls besser thun, sich dabei zu begnügen, als unhaltbare, zu neuen Zweifeln führende Unterscheidungen und Beschränkungen zu versuchen.

Aber es läßt sich wohl behaupten, daß die hervorgehobene Incongruenz der Bestimmungen des §. 1175 keineswegs so arg sey, als sie in der Form jenes Einwurfes dargestellt wurde.

§. 5. Das Rechtsmittel wegen verletzter Vorschrift des Verfahrens darf als ein vergleichungsweise einfacheres Rechtsmittel betrachtet werden, als dasjenige, welches gegen eine verfehlte Beurtheilung der Hauptsache gerichtet ist, und wird daher auch von einer geringeren Streitsumme leichter getragen.

Vor Allem ist daran festzuhalten, daß eine Berufung wegen verletzter Vorschrift des Verfahrens niemals dem wichtigsten Nebenzweck der ordinairen Appellation, dem Zwecke, welcher allein eine neue Verhandlung herbei führen kann, daß sie niemals zur Einführung von Neuheiten dient. Vergleiche §. 1176 der Prozeßordnung. Blätter für Justiz, II. S. 182 unten. Wiederholte Prüfung der rechtlichen Sachlage darf nicht als erheblicher Aufwand von Kräften gelten; denn jura novit curia.

Aber auch abgesehen hiervon sind unläugbar die Prozeßvorschriften, welche das Verfahren, dieses Mittel zum Zwecke einer Entscheidung, leiten sollen, einfacherer Natur, als die verwickelten Prinzipien des sogenannten theoretischen Civilrechtes, welche das gesammte bürgerliche Leben in seinen mannigfaltigen Gestaltungen umfassen und beherrschen sollen. Die Anwendung einer Prozeßnorm geschieht allemal auf ein sehr einfaches Factum, auf die jedesmalige Lage des Streites. Ueber die Richtigkeit einer solchen Anwendung kann auch in appellatorio sehr kurz entschieden werden. Oft ist damit sofort auch in der Hauptsache entschieden, wie in dem zu Anfang mitgetheilten Falle *); so oft nämlich das fragliche Moment des Verfahrens von allein entscheidender Bedeutung für das Endurtheil ist.

§. 6. Demnach dürfte wirklich in der Bestimmung des §. 1175 Nr. 3. im uneingeschränkten Sinne genommen, nichts dem Geiste der Prozeßordnung und einer vernünftigen Beschränkung der Rechtsmittel widerstreitendes gefunden werden können; andererseits hat, wie bereits oben bemerkt wurde, die uneingeschränkte Vorschrift des §. 1175 Nr. 3. der Prozeßordnung den Vorzug vor der gemeinrechtlichen Bestimmung, daß sie unauflösliche Zweifel über wesentliche Momente des Verfahrens vermeidet; und jedenfalls ist die Unterscheidung unhaltbar, wornach nur Entziehung rechtlichen Gehöres als verletzte Vorschrift des Verfahrens im Sinne des §. 1175 gelten soll. Dies war es, wovon die gegenwärtige Ausführung ausging.

---

*) Wenn die Beweisantretung nach Ablauf der richterlichen Nothfrist des Art. 7. der Novelle nicht für zulässig erkannt worden wäre, so verstand sich damit die Abweisung des Intervenienten, die Abänderung des unterrichtlichen Erkenntnisses von selbst.

Andere Argumente, welche in dem mehrfach angeführten lehrreichen Aufsatze in Blätter für Justiz Band II. noch in die Wagschale gelegt worden sind, sollen hier nicht bekämpft werden. Sie dürften mit den hier angegriffenen Hauptargumenten stehen oder fallen.

Unerfreulich ist, daß in einer so wichtigen Materie des Prozeßrechtes, als die Rechtsmittel, noch so bedeutende Meinungsverschiedenheiten herrschen, wie sie unter anderm auch aus den Mittheilungen der angeführten Abhandlung zu entnehmen sind.

Dies muß einen jeden spornen zur gegenseitigen Aufklärung mitzuwirken. So möge diese Mittheilung als ein Versuch betrachtet werden, der Aufforderung des geistreichen Verfassers der Abhandlung über die Nichtigkeiten: sich mit Erfolg für die Sache zu bekämpfen, einigermaßen zu entsprechen.

Dr. Muncke.

II.

Auslegung des §. 409 der Prozeßordnung.

Die Bestimmung in §. 409 wird meistens so verstanden, daß der Beweisführer, wenn gleich er die Beweisfrist nicht versäumt, sondern innerhalb derselben den Beweis angetreten habe, nach Ablauf der Beweisfrist ohne Anrufen der Gegenpartei und ohne Erlassung eines Versäumungserkenntnisses mit den weiteren Beweismitteln ausgeschlossen sei, ausser wenn Gründe zur Wiederherstellung vorhanden seien.

Diese Ansicht hat man in dem Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden II. Band S. 462—468 als eine solche hinzustellen gesucht, welche weder in dem Gesetze noch außerhalb demselben eine Grundlage habe und hat man daselbst die Vorschrift in §. 409 so ausgelegt, als ob die angeführte Gesetzesstelle nur eine Wiederholung der Bestimmungen in §§. 393, 658, 661 enthalte. Diese letztere Auslegung verstoßt gegen eine der allgemeinsten Interpretationsregeln, gegen die Regel nämlich, daß jeder besonderen Vorschrift des Gesetzes ein besonderer Sinn unterlegt werden muß. Sie ist also schon in dieser Beziehung nicht stichhaltig. Sodann aber ist unrichtig, wenn gesagt wird, daß die im Eingange dieser Abhandlung erwähnte Erklärung des §. 409 weder in dem Gesetze noch außerhalb demselben eine Grundlage habe. Sie hat allerdings eine Grundlage und zwar in der Quelle des §. 409, d. i. in dem gemeinen deutschen Prozeß, welcher überhaupt die Hauptquelle unserer Prozeßordnung ist, und namentlich das Fundament des zwanzigsten Titels der Prozeßordnung bildet. Archiv II. Band S. 61, von Weilers Motive zum Entwurf der Prozeßordnung S. 33. In der Prozeßwissenschaft ist nun ausgemacht, daß, wenn die Partei innerhalb der Beweisfrist nicht alle ihr zu Gebot stehenden Beweismittel vorgeschlagen hat, die nicht benützten Beweismittel ausgeschlossen sind, und nur im Falle der Wiederherstellung nachgeholt werden können. Martin, Lehrbuch des Civilprozesses §. 183. Baier, Vorträge über Civilprozeß S. 419.

Diese Bestimmung, welche man auch in §. 57 der Obergerichtsordnung bewährt findet, hat ihren Grund in der prozessualischen Regel, daß jede Partei alle ihr zu Gebot stehenden Angriffs- oder Vertheidigungsmittel eben so auch Beweismittel zugleich auf einmal vorbringen müsse. Baier, a. a. O. S. 14, 419—420. Diese Regel, Eventualmaxime genannt, wie sie in dem deutschen Prozeß begründet ist, liegt auch in unserer Prozeßordnung. Archiv II. Band S. 66., von Weilers Motive S. 23. Die Vorschrift in §. 409 ist demnach nichts anderes als eine Wiederholung der obenerwähnten gemeinrechtlichen Bestimmung und somit eine richtige Consequenz der in der Prozeßordnung durchweg herrschenden Eventualmaxime.

Ueberdies hat die im Eingange erwähnte Auslegung des §. 409 eine Grundlage in dem Wortlaute der so eben angeführten Gesetzesstelle, wenn sie sagt, daß nach Ablauf der Beweisfrist in der Regel keine weitere Beweismittel mehr vorgeschlagen werden können. Denn der Ausdruck weitere Beweismittel setzt offenbar voraus, daß innerhalb der Beweisfrist bereits Beweismittel vorgeschlagen wurden.

Es stellt sich somit die im Eingange dieses Aufsatzes berührte Auslegung des §. 409 als die allein richtige dar, die Auslegung nämlich, daß der Beweisführer, welcher die Beweisfrist nicht versäumt, sondern innerhalb derselben den Beweis angetreten hat, nach Ablauf der Beweisfrist keine weiteren Beweismittel mehr vorschlagen kann, es sei denn, daß der Beweisführer wegen der weiteren Beweismittel Wiederherstellung erlangte; — eine Auslegung, welche bereits bei unserm höchsten Gerichts-

Digitized by Google

hofe Geltung gefunden hat. Oberhofgerichtliche Jahrbücher neue Folge 4. Jahrgang S. 318 ff.

Die durch Ablauf der Beweisfrist versäumten Beweismittel gehen indessen nicht ganz verloren, sondern die Versäumung hat blos die Wirkung, daß die Beweismittel zur Vermeidung einer Verwirrung des Verfahrens in derselben Instanz nicht mehr nachgebracht werden dürfen. Es steht aber nichts im Wege, die in erster Instanz versäumten Beweismittel in zweiter Instanz nachzutragen. Dafür spricht, daß nach §. 1221 den Parteien das Recht zusteht, in der Appellationsinstanz neue Beweismittel jeglicher Art beizubringen, und davon nur solche Beweismittel ausgeschlossen sind, deren die Partei in der früheren Instanz Kraft eines Versäumungserkenntnisses verlustig geworden ist. Dadurch unterscheidet sich die nach §. 409 kraft Gesetzes eingetretene Versäumung der Beweismittel von dem durch Versäumungserkenntniß ausgesprochenen Ausschluß, daß in jenem Falle die versäumten Beweismittel in der Appellationsinstanz nachgetragen werden können, nicht aber in diesem Falle.

Die Wiederherstellung, von welcher der §. 409 spricht, ist übrigens nicht die in §. 658 bewilligte Restitution. Der angeführte §. 658 dient überhaupt nur zur Wiederherstellung gegen Versäumungserkenntnisse; ein Versäumungserkenntniß ist aber da, wo eine Partei innerhalb der Beweisfrist einige Beweismittel vorzuschlagen versäumt hat, nicht vorhanden, denn es erfolgt gar kein Ausschluß, weil die Partei im Laufe der Beweisfrist den ihr auferlegten Beweis angetreten hat.

Die Prozeßordnung bestimmt jedoch nicht, auf welche Art und Weise die Wiederherstellung erlangt werden könne, obgleich der Gesetzgeber in §. 57. 58 der Obergerichtsordnung und in der Prozeßwissenschaft (Baier a. a. O. S. 419) Stoff zu einer gesetzlichen Vorschrift gefunden hätte. Erst der Prozeßnovelle von 1837 war es vorbehalten, eine deßfallsige Bestimmung zu treffen in Art. 5. §. 672, der da besagt:

In dem Falle des §. 409 hat die Partei, welche die Wiederherstellung sucht, mit dem gleichzeitig beizubringenden Parteivortrage, in Ansehung dessen sie Wiederherstellung verlangt, entweder zu bescheinigen, daß sie die jetzt vorgeschlagenen Beweismittel im Laufe der früheren Frist nicht gekannt oder nicht gehabt und deren Kenntniß oder Besitz auch nicht seit mehr als 42 Tagen vor Anbringung des Wiederherstellungsgesuches erlangt habe, oder statt der Bescheinigung ein umständliches schriftliches von ihr selbst unterschriebenes Erbieten zum Eide darüber vorzulegen.

Diese Bestimmung erregt indessen mancherlei Zweifel und Fragen. So fragt es sich, ob das Erbieten zum Restitutionseide blos schriftlich und nicht auch mündlich angebracht werden könne? In Artikel 5. §. 672 ist zwar mit dürren Worten gesagt, daß die Partei ein umständlich schriftliches von ihr selbst unterschriebenes Erbieten zum Eide über die Rechtzeitigkeit vorzulegen habe. Daraus könnte nun gefolgert werden, daß das Erbieten zum Eide blos schriftlich stattfinden dürfe. Dieses stünde aber im Widerspruch mit mehreren prozessualischen Vorschriften. Denn nach §. 216 ist das Verfahren bei den Untergerichten in der Regel mündlich und zu Folge §. 577 geschieht die Antretung des Beweises durch Eideszuschiebung mündlich zu Protokoll oder schriftlich.

Auch ist kein vernünftiger Grund denkbar, warum das Erbieten zum Eide nur schriftlich stattfinden solle. Deßhalb wird angenommen werden müssen, daß das Erbieten zum Eide bei den Untergerichten eben so gut mündlich zu Protokoll als schriftlich geschehen könne. Es scheint, als ob der Gesetzgeber, wenn er die Vorlage eines umständlich schriftlichen von der Partei selbst unterschriebenen Erbietens zum Eide verlangt, nur den Fall vor Augen hatte, wo das Restitutionsgesuch von einem Bevollmächtigen erhoben wird und daß er also damit nicht mehr sagen wollte, als es bedürfe zum Erbieten einer Spezialvollmacht *).

Die übrigen in Beziehung auf obige Vorschrift entstehenden Fragen insbesondere über das auf Erhebung eines Wiederherstellungsgesuches zu beobachtende gerichtliche Verfahren werde ich vielleicht bei einer andern Gelegenheit zu beantworten suchen.

Haager.

---

*) So scheint es allerdings gemeint zu seyn. Der Ausdruck: „umständliches schriftliches von der Partei selbst unterschriebenes Erbieten zum Eide" — ist bei der Redaktion der Novelle lediglich aus dem §. 1259 in den neuen §. 672 übergegangen. Im mündlichen Verfahren vor den Untergerichten hat der Richter das mündliche Eideserbiethen der Partei durch Protokollirung schriftlich zu machen, und dann ist der Forderung der §§. 672 und 1259 auch Genüge gethan.

D. Red.

III.

Rechtsfall.

Der Thatbestand des Meineides eines Zeugen in einer Untersuchungssache betreffend.

Am 10. Januar 1841 Abends zwischen 9 und 9½ Uhr wurde Friedolin Dörflinger von Unteralphen, als er eben das dortige Hirschwirthshaus verlassen hatte, in dessen Nähe zwischen einem Färbereigebäude und einer Brücke verwundet. Als Urheber der That wurden die beiden ledigen Pursche Christian Kaiser und Vincenz Reinhart, ihres Läugnens ungeachtet, überwiesen und zu Erstehung einer zehntägigen bürgerlichen Gefängnißstrafe verurtheilt.

Die Ueberführung beruhte zunächst auf dem eidlichen Zeugnisse des Verletzten und seines damaligen Begleiters, Joseph Dörflinger, welche beide die Inculpaten bestimmt der That bezüchtigten. Dieses Zeugniß fand noch folgende Unterstützung.

1) Beide Zeugen hatten versichert, daß während der Mißhandlung der Verletzte dem einen der Thäter zugerufen habe: „Schlage nur, Kaiser! ich kenne dich.“ Diese Worte vernahmen zwei in der Nähe des Ortes der That aus dem Fenster schauende Personen, welche bei dem damaligen Mondscheine den Auftritt mit ansahen, nur aber die Betheiligten nicht erkennen konnten.

2) Ein Beiwächter, Silvan Ebner, war am fraglichen Abende auf dem Tanzplatze des genannten Wirthshauses, sah von dort die beiden Dörflinger hinweggehen und bezeugte weiter: Als jene sich entfernten, habe Inculpat Kaiser des Deponenten Stock von ihm begehrt und ihm denselben dann entrissen. Mit dem Stocke in der Hand sei Kaiser, in Reinharts Gesellschaft, den beiden Dörflinger gegen die Färberei hin nachgesprungen. Als hierauf Zeuge selbst den Inculpaten etwas nachgegangen, seien ihm die beiden Dörflinger wieder entgegengekommen, erzählend, wie die Inculpaten so eben den Friedolin mißhandelt hätten.

Das obenerwähnte Entreissen des Stockes bestätigte noch ein anderer Zeuge und Joseph Dörflinger versicherte, den nämlichen Stock zur Zeit der That in Kaisers Hand gesehen zu haben.

3) Ebner und Joseph Dörflinger beobachteten endlich noch, wie die beiden Inculpaten vom Orte der That her, auf einem Nebenwege, um die Färberei herum, nach der beim Wirthshause vorüberziehenden Dorfstraße sprangen.

Außer diesen gegen die mehrgedachten Inculpaten gerichteten Depositionen war in der eingeleiteten Untersuchung noch ausgesagt worden:

a) von Silvan Ebner, daß in dem Augenblicke, als ihm von Kaiser auf dem Tanzplatze der Stock entrissen wurde, Lazarus Pfeifer von Unteralphen neben Kaiser gestanden, und daß jener Pfeifer dann mit Kaiser und Reinhart gegen die Färberei gesprungen sei.

b) Der Verletzte selbst behauptete, gedachter Pfeifer sei während der Mißhandlung in Gesellschaft Reinharts und Kaisers gewesen, habe aber an der Mißhandlung keinen Antheil genommen.

c) Eben dieses bezeugte auch Joseph Döflinger, mit dem Bemerken, daß, als Kaiser von der Mißhandlung des Friedolin Dörflinger abließ und sich nun gegen den Deponenten wendete (der den Angriff übrigens abwehrte) — Pfeifer neben Kaiser sich befunden und Zeuge zu Pfeifer gesagt habe: „Lazarus! mit dir hab ich nichts.“

d) Endlich erklärten Ebner und Joseph Dörflinger, daß Pfeifer noch in Gesellschaft der Verwunder gewesen sei, als diese, wie oben angegeben wurde, von dem Orte der That um das Färbereigebäude herum nach der Straße sprangen.

Pfeifer war in der Untersuchung wegen der Verwundung ebenfalls als Zeuge eidlich vernommen worden. Seine Beeidigung hatte unter genauer Beobachtung aller gesetzlichen Formalitäten statt.

Es wurden dieselben in dem Abhörprotokolle umständlich und zwar namentlich unter wörtlicher Aufnahme der Bestabungsformel, erwähnt. Sein Zeugniß bestund darin: „Er sei am betreffenden Abende mit Tröndle, Nagelbacher und Valentin Reinhart (was diese drei Personen auch später bestätigten) um acht Uhr nach Hause gegangen, wisse von der Verwundung des Friedolin Dörflinger nichts und habe derselben namentlich nicht beigewohnt.“

Bezüglich auf die, dieser seiner Behauptung entgegenstehenden, oben (a—d) mitgetheilten Depositionen, wurde Pfeifer sofort wegen Meineids in Untersuchung genommen, und es liegt jedenfalls die Gewißheit vor, daß der Beweis des alibi durch die Zeugen Tröndle ꝛc. nicht geführt ist, indem, wenn dieselben auch, wie sie versicherten, den Pfeifer um acht Uhr an dessen Wohnung begleitet hatten, dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß er nicht um neun Uhr

und später (nämlich zur Zeit der That) wieder im Wirthshause sich eingefunden haben konnte.

Das urtheilende Hofgericht sah in Pfeifers Aussage einstmittelst Verletzung der Eidespflicht abgelegtes falsches Zeugniß zu Gunsten der Angeschuldigten Reinhart und Kaiser und erklärte ihn deßhalb des Meineides schuldig, wobei zugleich eine einjährige Zuchthausstrafe und die Ehrenentsetzung gegen ihn erkannt wurde.

Pfeifer recurrirte und es wurde am 11. Juni 1842 vom Oberhofgerichte abändernd erkannt:

daß die Untersuchung wegen Mangels des Thatbestandes eines Meineides auf sich zu beruhen habe.

Die Frage, in wie weit ein in einer Untersuchungssache eidlich abgehörter Zeuge damit eines Meineids überwiesen werden könne, daß eine größere Anzahl in der nämlichen Untersuchung eidlich abgehörter Zeugen seiner Deposition widersprechen, welche Frage hier von Bedeutung sein könnte, weil Pfeifer auch in der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung nicht zugestand, eine falsche Aussage gemacht zu haben, vielmehr auf der Wahrheit seines Zeugnisses beharrte, blieb bei obiger Entscheidung unerörtert; die oberstrichterlichen Motive bestunden in Folgendem.

Nach Behauptung der beiden Dörflinger wurde Friedolin Dörflinger von seinen Verfolgern plötzlich überfallen, zu Boden gerannt und mißhandelt; es hatte kein Wortwechsel und dergleichen zuvor statt. Daraus, so wie aus dem Umstande, daß Kaiser unmittelbar vor der Verfolgung des vor ihm aus dem Wirthshause hinweggegangenen Dörflingers dem Beiwächter den Stock entrissen hatte und diesen bei der Verfolgung mit sich nahm, auch wahrscheinlich bei der Mißhandlung mit benützte, ergiebt sich, daß die fragliche Mißhandlung schon vorher im Plane jener Inculpaten lag und daß die Verfolgung lediglich zu Erreichung dieses Zweckes geschah. Hat nun Pfeifer an dieser Verfolgung Theil genommen, ist er nämlich, wie die Zeugen behaupten, mit den Inculpaten Kaiser und Rheinhart den beiden Dörflinger nachgesprungen; war er, wie aus den Aussagen der Letztern sich ergiebt, während des ganzen Aktes der Mißhandlung Friedolin Dörflingers zugegen, ohne den Thätern von ihrem Beginnen abzumahnen; hatte er namentlich, wie Joseph Dörflinger versicherte, damals, als Kaiser auch den gedachten Zeugen angriff, dieser aber Kaisers sich erwehrte, Letzterem sich an die Seite gestellt gehabt; — begleitete er endlich die Thäter auch dann wieder, als sie nach der That die Flucht ergriffen, — so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er nicht nur das ganze Verfahren der Inculpaten Kaiser und Reinhart billigte, sondern, daß er auch Theilnehmer an dem, die Mißhandlung Dörflingers bezweckenden Complotte war.

In diesem Falle würde er aber für die That mitverantwortlich gewesen sein, wenn er auch nicht wirklich bei der Mißhandlung selbst Hand anlegte.

Ist eine Betheiligung der fraglichen Art hinsichtlich Pfeifers aber zu vermuthen, so würde er bei der richterlichen Befragung über den Act der Mißhandlung, dessen Veranlaßung, und namentlich über den Grund, aus welchem er mit Kaiser und Reinhart dem Vulneraten nachgelaufen war, — in die Lage gekommen sein, entweder durch Aussage der Wahrheit seine eigene Theilnahme am Verbrechen einzugestehen, oder, der Eidespflicht zuwider, seine Anwesenheit, wie geschehen, gänzlich zu läugnen.

Für ihn hätte also, unter obiger Voraussetzung, die eidliche Verpflichtung zur Aussage der Wahrheit entweder die Eigenschaft eines Zwangsmittels zu Veranlassung eines Geständnisses, oder die Natur einer Art von Reinigungseid. Ein solcher Eid konnte aber nach §. 12 der Eides-Ordnung von ihm ebensowenig, als von den Inculpaten Reinhart und Kaiser, rechtlich gefordert werden.

Muß es hiernach mindestens auch nur als zweifelhaft angesehen werden, ob Pfeifer zur Leistung des Eides verpflichtet und ob er somit gesetzmäßig in Eidespflicht gesetzt war, so kann auch wegen Verletzung des Eides kein Straferkenntniß gegen ihn ergehen *). Kirn.

*) Man vergleiche die §§. 449 und 450 des neuen Strafgesetzentwurfs. D. Red.

In allen Buchhandlungen ist zu haben:

A. Sinnhold (Großh. sächs. Landschaftsarchivar),

der Archivar und das Archivwesen

so wie dessen Verbindung mit den Canzlei-Expeditionen als zweckmäßigste Einrichtung zur Beförderung eines geregelten, übersichtlichen und sichern Ganges der Archivverwaltung und des Canzlei-Expeditionswesens, auch Angabe des Verfahrens, die umfassendsten und verworrensten Archive in kurzer Zeit auf die leichteste Art zu ordnen und solche unbeschadet ihrer Uebersichtlichkeit in einem möglichst kleinen Raum unterzubringen, Haupt- und Manualarchive zu rombiniren; Schreibmaterialien, Formularien, Utensilien und Sporteln sicher und übersichtlich zu berechnen. Mit dazu nöthigen Register- und Rechnungsschema's. gr. 8. 1½ Rthlr. oder 2 fl. 42 kr.

Der Verf. hat das Nothwendigste und Zweckmäßigste im Archiv- u. Canzleiexpeditionswesen hier aufgestellt und bisher unbekannte Mittel und Wege gezeigt, durch welche diese so hochwichtigen Theile der öffentlichen Verwaltung vollkommen erhellt und in den leichtesten Zug gebracht werden, der allein die Geschäftsausführungen sichert und den schnellsten Ueberblick über den Verlauf dieser Geschäftstheile gewährt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 19. November 1842.

I.

Ueber die Grundlinien der Lehre von den Rechtsnachtheilen im badischen bürgerlichen Proceß.

Proceßordnung §§. 653, 654.

Ueber Rechtsnachtheile im bürgerlichen Gerichtsverfahren ist schon mehrmals in diesen Blättern gesprochen worden, meist mehr im Hinblick auf einen besondern Fall als im Allgemeinen, zum Theil nur beiläufig, zum Theil auf eine Weise, die einer Berichtigung empfänglich sein dürfte. In manchen Punkten scheint noch ein Schwanken der Meinungen bei den Gerichten vorzuwalten. Die hier folgende Darstellung soll einen Versuch liefern, durch Verständigung über die Grundlinien der Lehre von den Rechtsnachtheilen deren folgerechte Auffassung zu befördern, und so das Schwanken vielleicht zu vermindern.

Die Grundlinien der Lehre sind zu suchen in den zwei ersten Paragraphen des Titels XXX der Proceßordnung, §§. 653, 654, worin die Haupterfordernisse der Verwirklichung von Rechtsnachtheilen gegen säumige Parteien angegeben sind. Diese Paragraphen sind es, worauf wir unsere Untersuchung richten wollen. Sie lauten:

„Die Versäumung einer Proceßhandlung hat diejenige Folge, welche in den Gesetzen bestimmt und vom Richter angedroht worden ist."

„Die Folgen der Versäumnisse werden nur auf Anrufen der Gegenpartei vom Richter ausgesprochen."

Dreierlei wird also nach dem Willen des Proceßgesetzgebers zur Verwirklichung von Rechtsnachtheilen gegen säumige Parteien erfordert:

I. Bestimmung in den Gesetzen,
II. Androhung durch den Richter,
III. Anrufen der Gegenpartei.

Diese Vorschriften über die Anwendung von Rechtsnachtheilen weichen weit weniger vom gemeinrechtlichen Verfahren ab, als die (von unserer Untersuchung ausgeschlossenen) Vorschriften der Proceßordnung über die Abwendung eingetretener Rechtsnachtheile durch Wiederherstellung, welche letztere Vorschriften bekanntlich der französischen Opposition aux jugemens par défaut (Code de procédure civile part. I livre 1 tit. 8 §. 149 ꝛc.) nachgebildet sind. Die ersteren Vorschriften enthalten im Grunde nur die bessere Feststellung, schärfere Ausprägung und Durchführung der schon im gemeinen Proceß, auf seiner jetzigen Ausbildungsstufe, angenommenen Grundsätze, wie denn überhaupt unsere Proceßordnung, mit den treffenden Worten eines vaterländischen Rechtslehrers und Schriftstellers, K. Fr. Baurittel, zu reden, „die durch die Wissenschaft und Praxis gereiften und veredelten Früchte der in ihrer Grundlage eben so philosophisch als praktisch gedachten Eventualmaxime, verjüngt durch ein zugleich Oeffentlichkeit abspiegelndes Verfahren" enthält. Von unserem früheren Proceßgesetz dagegen, der Obergerichtsordnung vom Jahr 1803, welche in §. 33 sogar Ungehorsamsbescheide ohne Anrufen des Gegentheils erlaubte und empfahl, weichen obige Vorschriften schon bedeutender ab. Theils der vorbildlichen Miteinwirkung des gemeinen deutschen Processes, theils der hier und da noch zu gewahrenden Nachwirkung der alten Obergerichtsordnung mag es zuzuschreiben sein, daß die Bestimmungen der §§. 653 und 654 der Proceßordnung, wenn wir nicht irren, nicht überall streng und fest eingehalten werden.

Wir betrachten die darin vorgezeichneten Erfordernisse nun im Einzelnen:

I. Bestimmung in den Gesetzen.

Auch in unserem älteren und im gemeinrechtlichen Verfah-

ren sind die Rechtsnachtheile nach gesetzlichen Bestimmungen geregelt, aber nicht so fest, genau und durchgreifend, daß nicht mancher erhebliche Punkt der richterlichen Willkühr oder dem Ausschlag des wechselnden Meinungskampfes überlassen ist. Anders gestaltet sich die Sache nach unserer jetzigen Proceßordnung, welche in dieser Beziehung eine entscheidende feste Regel voranstellt. Es muß diese Regel unseres Erachtens streng dahin verstanden werden, daß in jedem Falle eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung vorhanden sein muß, welche die Drohung bezugsweise das Eintreten eines gewissen Rechtsnachtheils für die Versäumung einer einzelnen Prozeßhandlung festsetzt und daß demzufolge die Bildung von Rechtsnachtheilen durch zusammengesetzte Schlußfolgerungen aus anderen gegebenen Gesetzesbestimmungen oder durch Anrufung der Rechtsähnlichkeit der für andere Fälle gegebenen Rechtsnachtheile, mag die Folgerung auch schlußgerecht, die Rechtsähnlichkeit zutreffend erscheinen, nicht zulässig ist.

Dieß ergibt sich wohl schon aus dem Ausdruck „bestimmt" im §. 653, insofern dieser Ausdruck nach seiner natürlichen, gewöhnlichen Bedeutung ein ausdrückliches sicheres Festsetzen bezeichnet. Es ergibt sich ferner aus dem Geiste unseres ganzen Contumacialsystems, welches auf Verbannung richterlicher Willkühr in Androhung und Erkennung von Rechtsnachtheilen vorzugsweise abzielt, weßhalb es auf der einen Seite nicht nur eine genaue bestimmte Drohung des zu gewartenden rechtlichen Nachtheils, sondern auch eine genau bestimmte Vorschrift über Statthaftigkeit desselben voraussetzt, auf der andern Seite genaue feste Bestimmungen über die Abwendung und die Wiederaufhebung des Ausspruchs von Rechtsnachtheilen durch Erwirkung der Fristerstreckung und Wiederherstellung mit sich führt. Es ergibt sich Obiges endlich auch aus der Vergleichung der Motive Weiler's zu §. 330—332.

Dort ist Seite 28 bemerkt:

„In dem Contumacialsystem waren mehrere Aenderungen vorzunehmen, die für einen sichern Rechtsgang nothwendig sind."

„Darunter verdient die erste Stelle die Maxime, daß die Rechtsnachtheile, die auf die Versäumung einer Handlung gesetzt sind, im Gesetze genau bestimmt — sein müssen."

Hiermit stimmt auch der Bericht der Gesetzgebungscommission vom 15. November 1830 überein, insofern darin (§. VII., Ziff. 2, Abs. 2) von den Rechtsnachtheilen bemerkt wird, daß das Proceßgesetz sie verfüge, der Ausdruck verfügen aber gleichfalls entschieden ein festes, ausdrückliches Bestimmen bezeichnet.

Zur nähern Erläuterung des Gesagten wollen wir hier auf einige bei Gerichten noch vorkommende, oder doch vorgekommene Rechtsnachtheile aufmerksam machen, deren Androhung sich nach Obigem nicht rechtfertigen dürfte, und dabei auch andere Rechtsnachtheile berühren, deren Statthaftigkeit wohl mit Unrecht bezweifelt wird:

1) Zu Prozeßordnung §. 98. 356. Das Gesetz sagt zwar, daß die zusammen verklagten Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen verpflichtet sind, allein es bestimmt für den Fall der Unterlassung keinen Rechtsnachtheil, es darf daher auch keiner gedroht werden, weder der, daß der Streitgenosse sonst angesehen werde, als genehmige er stillschweigend die Handlungen seiner Mitgenossen, noch der, daß sonst die auf andere Weise (allein oder durch einen besondern Vertreter) vorgenommene Proceßhandlung als gar nicht vorhanden angesehen und der auf Unterlassung der Proceßhandlung selbst gesetzte Rechtsnachtheil ausgesprochen wird, welches Letztere der Verfasser des Aufsatzes I. in Annalen 1831 Nr. 44, S. 309 will.

Man könnte entgegnen: „Non fieri et illegitime fieri unum idemque est." Allein daß dieser strenge Grundsatz in unserer Proceßordnung keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, bedarf keines Beweises.

Vergl. Annalen 1841, Nr. 45, I., S. 317 die Redaktionsnote. Wie wenig entspricht ein solcher Grundsatz dem Geist des Landrechtsatzes 6 k, den auch die Proceßordnung nicht ganz aufgegeben hat! Es wird dem Geist unserer Proceßordnung mehr entsprechen, die fragliche Handlung, so weit sie sonst aufrecht erhalten werden kann, gelten zu lassen, und im Falle die Partei zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwaltes nicht zu vermögen ist, ihr seiner Zeit die hiedurch herbeigeführte Kostenvermehrung jedenfalls zur Last zu legen.

Ein unbedingter Zwang lag gewiß nicht im Sinne des Gesetzgebers, welcher das natürliche Recht der Partei, sich selbst zu vertreten (laut §. 123, 126, 1101 u. s. w.), thunlichst berücksichtigen wollte, ein derartiger Zwang wäre um so ungeeigneter, als dadurch der Partei ein

Digitized by Google

Vertreter, in welchen sie gar kein Vertrauen, ja vielleicht mit Grund Mißtrauen setzt, aufgenöthigt werden könnte.

Vergl. Annalen 1839, Nr. 30, I., S. 195.

2) Zu Proceßordnung §. 112, 118. Daß bei der gerichtlichen Streitverkündung und der Beiladung eines Dritten kein Rechtsnachtheil gedroht werden darf, wie dies sonst nach §. 122, 123 der Obergerichtsordnung Rechtens war, ist in diesen Blättern schon zur Genüge dargethan worden, und kann kaum mehr als eine Streitfrage angesehen werden.

Vergl. J. 1833 Nr. 19, S. 113. und 116.
1834 Nr. 23, S. 135.
1835 Nr. 42, S. 152, Nr. 33, S. 193.
1838 Nr. 17, S. 107.
1842 Nr. 7, S. 49.

3) Zu Proceßordnung §. 150. In dem Falle, wo eine Partei die von ihrem Anwalt vorgetragenen Anführungen oder Zugeständnisse irriger Thatsachen durch Widerruf ansicht, soll der Anwalt oder Gewalthaber des widerrufenden Theils als Partei mit vorgeladen werden. Ein Rechtsnachtheil ist hier nicht bestimmt, und daher auch dem Anwalt nicht anzudrohen, es steht vielmehr dieser Fall dem Falle der Beiladung aus dem Grunde der Streitverkündung gleich. Die hier gemäß Proceßordnung §. 152 nach Umständen alsbald eintretende Verurtheilung des Anwaltes oder Gewalthabers in die Kosten wird jedenfalls nur dann zulässig sein, wenn derselbe erscheint und als Partei an der Verhandlung Theil nimmt, andernfalls besonderer Rückgriff wegen der Kosten eintreten müßte *). Der Fall, daß der Anwalt oder Gewalthaber die Ladung gar nicht beachtet, dürfte übrigens nicht oft vorkommen.

4) Zu Proceßordnung §. 175. Das Verfahren über die Richtigstellung der Streitkosten erscheint, da es sich hier mehr um eine bloße Decretur, um Ausübung des dem Richter hinsichtlich der Kosten zukommenden freieren Ermessens als um Erkenntniß über streitige Thatsachen handelt, mit gutem Grund als ein sehr abgekürztes. Die Androhung eines eigentlichen Rechtsnachtheils ist hier nicht nöthig; es steht im Ermessen des Richters, ob er die Gegenpartei noch hören will, macht diese von der ihr etwa gegebenen Gelegenheit keinen Gebrauch, so steht es in seiner Befugniß, auch ohne ihre Erinnerungen zu entscheiden.

5) Zu Proceßordnung §. 176, 299. Die Folge der vom ausländischen Kläger auf Antrag des Beklagten nicht geleisteten Sicherheit für die Proceßkosten ist Stillstand der Verhandlungen bis zur Beseitigung des Mangels. Diese Folge erscheint aber als eine natürliche Folge der Nichtleistung, die, als sich von selbst ergebend, wohl eben so wenig angedroht werden muß und soll, als z. B. dem Kläger für den Fall des Ausbleibens bei der Verhandlungstagfahrt Entbindung von der Instanz bezugsweise Verfällung in die Kosten der Tagfahrt gemäß §. 309 anzudrohen ist. Solch natürliche, sich von selbst ergebende Folgen der Nichtbefolgung richterlicher Anflagen sind von den eigentlichen Rechtsnachtheilen den der richterlichen Androhung bedürftigen gesetzlichen Folgen der Versäumung wesentlicher Proceßhandlungen auch in unserem Proceßverfahren, ungeachtet der allgemeinen Fassung des §. 653, mit Rücksicht auf die Grundquelle und Geist und Zweck unserer Proceßordnung wohl zu unterscheiden. Die jeweilige Androhung des Eintritts solcher natürlichen, sich von selbst ergebenden Folgen würde eine unnöthige, störende, kaum durchzuführende Vervielfältigung der Schreiberei und Vermehrung des ohnehin ausgedehnten richterlichen Geschäftes mit sich führen. Wir werden uns unten bei II. im Allgemeinen hierüber aussprechen.

6) Zu Proceßordnung §. 300, 365. Im Fall des §. 300 wird — nach Umständen — mit einstweiliger Aussetzung der Verhandlung in der Hauptsache Tagfahrt zur Verhandlung über die fraglichen zerstörlichen Einreden angeordnet. Die Drohung eines Rechtsnachtheils, die nach Beschaffenheit der Sache nothwendig erscheint, ist hiebei

*) Die Verurtheilung des Anwalts zum Schadens- und Kostenersatz scheint hier, so wie im Falle des §. 156 c die weitere Verurtheilung in eine Geldstrafe, blos disciplinärer Natur, also, wenn gleich der Richter darüber beschließt, die processualische Vorschrift des §. 653 darauf nicht anwendbar zu sein. Wenn auch der §. 150 den Ausdruck braucht, daß der Anwalt als Partei mit vorgeladen werde, so ist er immerhin nicht Partei in Bezug auf den Streitgegenstand, sondern er ist nur betheiligt in Bezug auf seine Rechtfertigung wegen Erfüllung seiner Anwaltspflicht, und in Bezug auf seine sonst etwa eintretende Kosten- und Schadenersatzpflicht. Ohnehin will der §. 152, daß das Erkenntniß über diese Ersatzpflicht des Anwalts sogleich nach der im §. 150 erwähnten Zwischenverhandlung, oder spätestens mit dem Urtheil in der Hauptsache ergehe, was nicht möglich wäre, wenn der Anwalt zur Verhandlung des §. 150 nicht erschiene, und in diesem Falle nach §. 653 kein Nachtheil gegen ihn erkannt werden könnte. D. Red.

nicht zugleich vorgezeichnet. Allein da nach §. 306 die Zwischenverhandlungen, welche durch solche Einreden veranlaßt werden, im abgekürzten Verfahren zu pflegen sind, so unterliegt es wohl nach Proceßordnung §. 674 vrgl. mit §. 293, 330 keinem Bedenken, daß der Rechtsnachtheil des §. 253 bezugsweise 310 (da hier der Einredevortrag das Verfahren eröffnet), dem Kläger, der in der Zwischensache gleichsam Beklagter ist, anzudrohen ist. Das Gesetz bestimmt hier den zu drohenden Rechtsnachtheil hinlänglich dadurch, daß es auf die Vorschriften des abgekürzten Verfahrens verweist.

7) Zu Proceßordnung §. 423, 424. Diese Paragraphen bestimmen, welche Anlage der Mittheilung der Urkundenbeweisantretung an den Beweisgegner beigefügt und welcher Rechtsnachtheil bei der zugleich ergehenden Vorladung ihm und dem Beweisführer angedroht werden soll. Unnöthig und nicht im Gesetz vorgeschrieben ist es, den Beweisgegner zum Vortrag der Beweiseinreden ausdrücklich zugleich aufzufordern, offenbar gesetzwidrig aber ist es, solcher Aufforderung die Drohung des Ausschlusses beizufügen, da die Beweiseinreden gemäß §. 632 auch später noch vorgebracht werden können.

Vrgl. Annalen 1837, Nr. 40, S. 237 und besonders die Redactionsnote dazu. S. 238. — 1839, Nr. 25, S. 157.

8) Zu Proceßordnung §. 460. Bei der Zeugenbeweisantretung verordnet das Gesetz, daß der Gegner ausdrücklich zum Vortrage seiner etwaigen Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises u. s. w. aufgefordert werde, was sich aus der besondern Natur dieses Beweismittels und aus §. 462 erklärt. Androhung eines Rechtsnachtheiles ist hiebei nicht bestimmt, und schon deßhalb auch nicht zulässig, Androhung des Ausschlusses offenbar gesetzwidrig. Vergl. Proceßordnung §. 632. Annalen 1837, Nr. 40, S. 237 und 1839, Nr. 25, S. 157. Hinsichtlich des Besitzproceßes s. unten Ziffer 18.

9) Zu Proceßordnung §. 471. Der Beweisführer muß hienach, sofern er nicht die am Schluß dieses Paragraphen bezeichnete Nachweisung liefern kann, die Reise- und Aufenthaltskosten für Abhör des außerhalb des Gerichtsbezirks sich aufhaltenden Zeugen vorschußweise bei Gericht hinterlegen. Im Falle der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit geht keineswegs das Beweismittel ganz verloren, diese Folge ist nirgend im Gesetz bestimmt, und wohl auch an sich zu hart, es bleibt vielmehr nur die wirkliche Abhör des Zeugen in so lange aufgeschoben, bis der Verbindlichkeit Genüge geschehen ist, aber natürlich gemäß Proceßordnung §. 797 ohne Aussetzung des übrigen Verfahrens, welches nichts desto weniger mit einstweiliger Nichtbeachtung des betreffenden Beweismittels seinen Gang fortsetzt und vollendet. Diese Folge ergibt sich von selbst, ähnlich wie die unter Ziffer 5 erwähnte und besprochene Folge der nicht geleisteten Sicherheit, sie braucht nicht angedroht zu werden. Die Androhung des sonst anzunehmenden Verzichtes auf das Beweismittel u. dergl. erscheint uns nach dem Obigen nicht zulässig, ja es wird vom Beweisführer nicht einmal verlangt werden können, daß er schon mit der Beweisantretung sogleich den nöthigen Vorschuß oder Ausweis beibringt, da das Gesetz, Proceßordnung §. 471, mehr nicht verlangt, als daß dieß geschehe, ehe der Zeuge vorgeladen wird, und es proceßordnungsgemäß — ausgenommen den Fall des §. 756 — immerhin noch einige Zeit ansteht, bis die Vorladung zu verfügen wäre, die Beibringung auch früher nicht nöthig ist.

Hiernach sind unseres Erachtens die in Annalen 1838 Nr. 16 S. 103 und Nr. 26 S. 168 niedergelegten Ansichten zu berichtigen.

10) Zu Proceßordnung §. 537. Die gemeinschaftliche Ernennung der Sachverständigen ist ein den Parteien zugestandenes Recht. Es hängt ganz von ihnen ab, ob sie von diesem Recht Gebrauch machen wollen, und selbst dann, wenn die Sachverständigen, weil keine Vereinigung der Parteien zu Stande oder zur Anzeige kam, richterlich ernannt wurden, wird den Parteien — aus allgemeinen Gründen der Parteienwillkühr — das Recht nicht benommen seyn, durch Uebereinkunft andere Sachverständige, zu welchen sie etwa besseres Vertrauen haben, aufzustellen. (Vergl. auch §. 550.) Hieraus dürfte sich ergeben, daß die jedesmalige Aufforderung an die Parteien, sich über die Person der Sachverständigen zu vereinigen, wovon die Proceßordnung kein Wort sagt, dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechend, ein dabei gedrohter Ausschluß vollends gesetzwidrig erscheint.

Vergl. hiezu Annalen 1840, Nr. 44, S. 264.

11) Zu Proceßordnung §. 539, 542. Im ersten dieser Paragraphen ist der Partei, gegen welche der Beweis durch Sachverständige geführt werden soll, die Bezeichnung der Punkte, deren Berücksichtigung in dem Gutachten

und bei den vorbereitenden Handlungen sie ihrerseits verlangt, im zweiten dieser Paragraphen aber das Vorbringen etwaiger Einwendungen gegen die richterlich ernannten Sachverständigen, beides in einer vom Richter zu bestimmenden Frist, freigegeben. Androhung des Ausschlusses ist auch hier nicht vorgeschrieben, und aus ähnlichen Rücksichten, wie die zu Ziffer 7 und 8 in Betracht kommenden, auch der Sache nach nicht angemessen:

Vgl. Proceßordnung §. 543, 59, 60, 69, 545 und die oben angeführten beiden Aufsätze.

12) Zu Proceßordnung §. 556, 557, 560. Bei der Augenscheinserhebung ordnet das Gesetz nirgends die Drohung eines Rechtsnachtheils an, außer für den Fall des §. 561, den Fall, wo beide Theile an der Tagfahrt ausbleiben, und wegen Zweifelhaftigkeit des zu besichtigenden Gegenstandes ihrer Anwesenheit nicht entbehrt werden kann, und dieß entspricht auch vollkommen der Natur dieses Beweismittels. Es ist daher weder nöthig noch angemessen, wenn manche Gerichte aus §. 556 in Bezug auf den freigegebenen Vortrag von Beweiseinreden gegen Vornahme des Augenscheins, oder aus §. 557 in Bezug auf die freigegebene Bezeichnung erheblich erachteter Punkte, oder aus §. 560 in Bezug auf Vornahme des Augenscheins ohne die ausgebliebenen Parteien einen Rechtsnachtheil bilden und androhen, den das Gesetz nicht vorschreibt.

13) Zu Proceßordnung §. 581, 582. Bei der Vorladung der Parteien zu der zur Feststellung oder Berichtigung der Eidesformel anzuordnenden Verhandlungstagfahrt ist ebenfalls kein Rechtsnachtheil zu drohen, da dieß im Gesetz nicht vorgezeichnet und nicht nöthig ist.

14) Zu Proceßordnung §. 600—602, 605. Zur urtheilsmäßigen Eidesleistung wird die schwurpflichtige Partei mit Androhung eines Rechtsnachtheils, nämlich dem des §. 602 vergl. mit 580 zu laden sein. Die Folge der Eidesverweigerung, welche im Landrechtsatz 1361 und und Proceßordnung §. 605 näher bestimmt ist, wird bei der Androhung der Partei keineswegs jedesmal besonders angegeben und erklärt werden müssen*), denn es ist diese Folge als eine schon im Landrecht begründete, mithin unter Landrechtsatz 1 b fallende, für bekannt anzunehmen, auch ergibt sich wohl aus der Vergleichung des §. 602 mit 580, daß das Gesetz mehr nicht als die Androhung „bei Vermeidung der Folge der Eidesverweigerung" verordnet. Was die natürlichen, sich von selbst ergebenden Folgen des §. 600, 601 betrifft, — daß nämlich beim Ausbleiben beider Theile die Sache bis auf Aneufen beruht, beim Ausbleiben der Gegenpartei des schwörenden Theils dessen ungeachtet die Eidesleistung stattfindet, sofern letztere nicht auf eine neue Tagfahrt anträgt, — so sind diese Folgen wohl eben so wenig als Rechtsnachtheile anzudrohen, als bei der Ladung zur ersten Verhandlung die Folgen des §. 309 und 312 u. s. w. Wir verweisen hier auf das oben zu Ziff. 5 und 12 Bemerkte, so wie auf das unten bei Nr. II zu Bemerkende.

15) Zu Proceßordnung §. 628. An der Tagfahrt zur mündlichen Anfechtung und Ausführung des Beweises wird den Parteien nach der Ordnung die Abgabe ihres betreffenden Vortrags gestattet. Auch hier ist die Androhung eines Rechtsnachtheils vom Gesetz nicht bestimmt und auch nicht nöthig, da jene Vorträge zur richterlichen Entscheidung nicht wesentlich erforderlich, sondern mehr nur zur Beförderung gründlicher Beurtheilung des Proceßergebnisses nützlich, und den Parteien zur Nachholung etwaiger Beweiseinreden, soweit diese noch zulässig erscheint, freigestellt sind. Mit Unrecht wendet man, unseres Erachtens, die im §. 630, 631 für den Fall *schriftlicher* Verhandlungen bestimmten Rechtsnachtheile auch auf den die Regel bildenden Fall mündlicher Verhandlung an, da bei schriftlicher Verhandlung andere Verhältnisse vorliegen, indem hier die beiderseitigen Vorträge getrennt zu verschiedenen Zeiten abgegeben werden, und deßhalb eine entschiedene ab- und ausschließende Grenze für die Gestattung des Vortrags am Platze ist, die betreffenden Ausnahmsbestimmungen daher um so weniger auszudehnen sind.

16) Zu §. 714, 715. Beim Gesuch um einstweilige Verfügung wird nach §. 714, wenn die Statthaftigkeit des Gesuches zweifelhaft oder die Bescheinigung desselben unzureichend ist, Tagfahrt zur Verhandlung, und zwar in den Formen des abgekürzten Verfahrens, angeordnet, und ebenso auch nach §. 715 im Fall erhobener Einsprache gegen die ohne Anhörung des Gegners erlassene einst-

*) Die Folgen der Eidesverweigerung sind nach §. 379 schon im Urtheile selbst ausgedrückt, es bedarf also ihrer Wiederholung nicht mehr, wenn die Partei nach Maßgabe des Urtheils zur Eidesleistung vorgeladen wird. D. Red.

weilige Verfügung. Hier findet das zu Ziffer 6 Gesagte Anwendung. Der zu drohende Rechtsnachtheil ist durch Verweisung auf das abgekürzte Verfahren hinreichend bestimmt. — Bei dieser Gelegenheit mag bemerkt werden, daß nach unserer Proceßordnung §. 959 folg. §. 1072 folgd. auch bei der Vollstreckung ein Einsprachsverfahren erwähnt und vorausgesetzt wird, ohne daß irgend eine nähere Andeutung über die Art der hiebei nöthig werdenden Verhandlung beigefügt ist. Dieses Einsprachsverfahren wird jedoch dem im §. 715 bezeichneten Einsprachsverfahren um so füglicher gleichgestellt werden dürfen, als schon §. 673 1) für solche Nebensachen allgemein das abgekürzte Verfahren vorschreibt, wodurch wieder zugleich die in diesem Verfahren vorgezeichneten Rechtsnachtheile anwendbar werden.

17) Zu Proceßordnung §. 726, 738. Die bei der Ladung im Executivproceß gegebenen Bestimmungen sind den Bestimmungen des §. 424 über gewöhnliche Urkundenvorlagen ähnlich, nur ist nicht zu übersehen, daß die mit jener Ladung verbundene etwaige Auflage an Kläger, die Urschriften vorzulegen, ohne Androhung eines Rechtsnachtheils ergeht. Was im Falle des Ausbleibens des Klägers geschieht, sagt §. 738. Es sollen hienach die Bestimmungen der §§. 309, 310 über Entbindung von der Instanz u. s. w. eintreten. Die Entbindung von der Instanz im Executivproceß, wie die im gewöhnlichen ordentlichen und abgekürzten Verfahren, hat nach §. 259 Nr. 2 die Wirkung, daß die verfügte Ladung als nicht geschehen gilt, keineswegs aber die im §. 809 bestimmte viel weiter gehende Wirkung der Entsagung auf den ganzen Rechtsstreit. Hienach darf im Falle des §. 726 der von der Proceßordnung nicht bestimmte, mithin schon deßhalb nicht zulässige Rechtsnachtheil, daß sonst der Proceß, oder die Proceßart, oder das Beweismittel (vgl. §. 424) für aufgegeben angenommen würde, dem Kläger nicht angedroht werden.

18) Zu Proceßordnung §. 756. Im Besitzprocesse erfolgt nach diesem Paragraph die Vorladung der (nicht unzulässig erscheinenden) Zeugen jeweils sogleich auf Vorschlag derselben von Seiten der Parteien. Von einem Rechtsnachtheil, welcher bei Mittheilung der Zeugenbeweisantretung dem Gegner gedroht würde, kann daher hier noch viel weniger die Rede sein, doch kann dem letzteren dabei bemerkt werden, daß es ihm freistehe, die etwaige Unzulässigkeit der Zeugen vorher nachzuweisen (§. 756, Abs. 2), da dieß angemessen, obwohl nicht nothwendig ist.

Der §. 756 geht seinem Wortlaut nach nur auf den sofort mit der Klage oder der Klagbeantwortung angetretenen Zeugenbeweis, allein er dürfte auch auf den Fall zu beziehen und anzuwenden sein, wenn der Zeugenbeweis erst auf vorgängige Beweisverfügung angetreten wird.

Eine solche Beweisverfügung darf unseres Erachtens der Richter auch im Besitzverfahren erlassen, obgleich der Art. 7 des Abänderungsgesetzes von Jahr 1837 seine Gnadenfrist zur Nachholung des versäumten Beweises nur in den unter §. 673 Nr. 2—6 fallenden Streitigkeiten bewilligt und des Besitzproceßes nicht gedacht hat, denn hieraus folgt nur so viel, daß beim Besitzproceß der Richter nicht zur Erlassung einer Beweisverfügung in jedem Falle gar nicht oder nicht genügend angetretenen Beweises gesetzlich verpflichtet ist, keineswegs aber auch, daß er in diesem Proceß unter keinerlei Umständen bei noch so triftigen Gründen eine derartige Verfügung erlassen darf. Daß aber triftige Gründe hiezu gerade im Besitzverfahren besonders nahe liegen, wird Jeder zugeben, der da weiß, wie wenig die Rechtsgelehrten bei uns zur Zeit noch ganz darüber einig sind, was der Besitzkläger oder der Besitzbeklagte eigentlich darzuthun haben, und wie schwer und überlästig es manchmal für den Besitzkläger sein kann, sogleich ohne Rücksicht auf wahrscheinlich erfolgende Zugeständnisse des Beklagten, Alles dasjenige in seiner vorläufigen Beweisantretung zu umfassen, was der Richter, je nach seiner strengeren oder freieren Ansicht in Gemäßheit des inhaltreichen §. 750 der Proceßordnung etwa von ihm verlangen könnte*).

19) Zu Proceßordnung §. 795. Daß das Nichterscheinen einer Partei an der zum Vergleich besonders anzu-

*) Dessen ohngeachtet darf der Richter nicht noch eine Beweisauflage machen, so wenig er dieß vor der Novelle von 1837 in den anderen summarischen Processen (§. 673) thun durfte. Wenn das Gesetz (§. 674) sagt, daß in summarischen Sachen jede Partei ihre Beweise sogleich unaufgefordert anzutreten habe, und wenn der §. 674 a ausnahmsweise nur in den Fällen des §. 673 Nr. 2—6 eine Nachsicht gestattet, so steht es dem Richter nicht zu, auch in anderen summarischen Fällen die gleiche Nachsicht eintreten zu lassen, und dem, der seine Beweise weder sogleich angetreten, noch zeitig unaufgefordert nachgetragen hat, die im §. 674 a erwähnte Auflage zu machen. D. Red.

setzenden Tagfahrt als Weigerung sich zu vergleichen gilt, ist eine natürliche, sich von selbst ergebende Folge davon, daß die Partei von dem ihr freigegebenen Rechte, von der Aufforderung, sich an der Schwelle des Gerichtsverfahrens in Güte zu vergleichen, keinen Gebrauch macht. Es unterliegt nicht dem mindesten Zweifel, daß ihr trotz ihres Ausbleibens jeden Augenblick freisteht, sich gerichtlich oder außergerichtlich mit der Gegenpartei zu vergleichen. Unpassend erscheint es uns daher, die Bestimmung des §. 795, die wohl nur der Verzögerung des Verfahrens durch wiederholte Anordnung von Vergleichstagfahrten vorbeugen soll, bei der Vorladung als einen Rechtsnachtheil anzudrohen, ja es dürfte dies aus dem weiteren Grunde nicht angemessen sein, weil dadurch leicht die eine oder andere Partei, aus irriger Ansicht über ihre Rechtsverhältnisse, Befangenheit oder Leidenschaftlichkeit und dergleichen jeder gütlichen Vereinbarung widerstrebend, aufgemuntert werden mag, der Ladung nicht Folge zu leisten, während es doch unverkennbar Absicht des Gesetzgebers ist, die alsbaldige Beilegung des Streites in solchen Fällen zu befördern, „wo die engsten natürlichen oder häuslichen Verhältnisse den Streit als besonders gehässig darstellen."

Vergl. Weiler's Motive zu §. 791 — 796 S. 66.

20) Zu Proceßordnung §. 915, 925. Daß der Rechtsnachtheil, welchen das Gesetz bei der Vorladung zum Ganturtheil vorschreibt, durch das Abänderungsgesetz vom Jahr 1837 Art. 2 *nicht* als aufgehoben zu erachten ist, haben wir schon früher in diesen Blättern 1840, Nr. 21, S. 127 darzulegen gesucht. Das nämliche gilt von dem bei der Vorladung zur Verkündung des Vertheilungsbescheides vorgezeichneten ähnlichen Rechtsnachtheil. Proceßordnung § 925.

Vergl. die hiemit übereinstimmende Entscheidung des oberrheinischen Gerichtshofes Annalen 1841, Nr. 12 S. 87. Die im nämlichen Jahrgang Nr. 17, S. 124 mitgetheilte Gegenansicht des unterrheinischen Hofgerichtes in Bezug auf Ganturtheile dürfte sich nicht als richtig bewähren. Es erkennt dieselbe den unbestreitbaren Grundsatz an, daß spätere *allgemeine* Gesetze die früheren *speciellen* Gesetze nicht aufheben, will jedoch den §. 915 nicht als ein specielles Gesetz gelten lassen, weil er bei näherer Vergleichung nichts Anderes enthalte, als eine wörtliche Wiederholung der allgemeinen Regel für einen speciellen Fall, wie solche in der Proceßordnung häufig vorkommen, ihm somit das Wesen eines speciellen Gesetzes abgehe, welches voraussetze, daß entweder gar keine allgemeine Regel bestehe, oder für einen einzelnen Fall davon abgewichen werde. Hiegegen ist zu bemerken: Der Art. 2 des Abänderungsgesetzes geht seiner Stellung sowie seiner Fassung nach (man vergleiche z. B. den Eingang und §. 674) nur auf den Fall des gewöhnlichen Gerichtsverfahrens, auf eigentliche Rechtsstreite. Sehr verschieden hievon ist das Gantverfahren, welches nicht nothwendig streitige Rechtsverhältnisse voraussetzt, und nicht selten ohne alle *Streit*verhandlung erledigt werden kann, auf der andern Seite aber durch die dabei stattfindende Nöthigung zur Geltendmachung allartiger Ansprüche ein von den gewöhnlichen Vorschriften sehr abweichendes ist. Es geht daher nicht an, die für das Gantverfahren gegebenen Vorschriften, wenn sie auch dem frühern Verfahren im gewöhnlichen Proceß ähnlich waren, nach dem Abänderungsgesetz zu regeln, welches seinen eigenen Worten nach nur die früheren §§. 383 und 384 abändert und ersetzt, die nur für das gewöhnliche Verfahren, nicht für das besonders bestimmte Gantverfahren, maßgebend waren. Vgl. Annalen 1842, Nr. 21, S. 151.

Jene Gegenansicht bezieht sich zu ihrer Unterstützung auf *Thibaut's Pandectensystem* §. 39 (41) wegen des Satzes: daß mit Aufhebung der ältern Regel von selbst alle Folgesätze derselben wegfallen. Hier handelt es sich aber nicht um bloße Folgesätze der früheren §§. 383 und 384. Wir rufen die Stimme dieses ausgezeichneten Rechtslehrers *für uns* an. *In dessen Theorie der logischen Auslegung* §. 19 ist unser Fall recht eigentlich gewürdigt. Dort heißt es: „Man unterscheide: Ein correctorisches Gesetz ändert zwar etwas am ältern Recht, läßt aber auch andere Bestimmungen desselben ungeändert, auf welche gleichfalls der Grund der correctorischen Bestimmungen paßt. Hier muß man nun wegen des Princips der logischen Ausdehnung dieselbe durchaus verwerfen." Der von *Thibaut* angeführte Grund, warum man bei abändernden (correctorischen) Gesetzen, die etwas von älterem Recht stehen lassen, dem Gesetzgeber zutrauen müsse, daß er die fraglichen Bestimmungen *wissentlich* stehen ließ, erscheint uns schlagend. In der That lassen sich auch gute Gründe denken, warum der Gesetzgeber den §. 915 und 925 stehen ließ, und die gegentheilige

Erklärung, daß überall kein Grund denkbar sei, ist wahrlich mehr als gewagt. Wir verweisen in dieser Beziehung einfach auf die obigen Aufsätze, welche die Denkbarkeit nachweisen. Daß endlich jene Ausdehnung, folgerichtig durchgeführt (Abfindung mit dem Gesetz gilt nicht), unverhältnißmäßig mehr Schreiberei herbeiführt, als wenn nur auf Verlangen Abschriften ertheilt werden, wer möchte dieß bezweifeln? —

So viel von dem ersten Erforderniß der Verwirklichung von Rechtsnachtheilen. Wir mußten uns hiebei länger aufhalten, weil wir zur Erreichung unseres Zweckes die wichtigeren einzelnen Fälle berühren mußten. Wir gehen nun zum zweiten Erforderniß über:

II. Androhung durch den Richter.

Die Nothwendigkeit der vorgängigen Androhung der Rechtsnachtheile durch den Richter wird schon aus den Bestimmungen des römischen Rechtes über Erlassung des ersten, zweiten und dritten Ladungsedictes, wovon erst das dritte peremtorisch war, wenn nicht ausnahmsweise früher ein edictum peremtorium unum pro omnibus gegeben wurde, abgeleitet.

l. 71 D. de judic. 5, 1.

l. 53 D. de re judic. 42, 1.

Es war aber über diesen Punkt unter den Lehrern des gemeinrechtlichen Verfahrens von Alters her Uneinigkeit, da die römischen Gesetze der Auslegung einen weiten Spielraum ließen, indem sie mindestens eine jedesmalige genau bestimmte Beifügung des besondern zu erwartenden Rechtsnachtheils nicht vorschreiben, und da auch die Reichsgesetze (namentlich C. G. O. v. 1555 Thl. III. Tit. 42—46 J. R. A. §. 36 folg.) so wie das canonische Recht eine genauere Bestimmung hierüber nicht geben.

Vgl. Leyser, Meditationes spec. 277 m. 2.
Lauterbach, Collegium Lib. II. tit. 4. §. 25.
Thibaut, System des Pandectenrechtes (Proceß) §. 1119, 1131.
Martin, Lehrbuch des d. gem. bürgerl. Proceßes §. 121 (118).
Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß 2te Aufl. S. 206.

Auch unsere frühere Obergerichtsordnung gab über die Androhung keine allgemeine, durchgreifende Vorschrift. Unser §. 653 hat nun eine solche Vorschrift gegeben, indem er die Androhung der im Gesetz bestimmten Folge der Versäumung einer Proceßhandlung als Regel allgemein vorschreibt. Der Gesetzgeber wollte hiedurch nur die frühere Unsicherheit entfernen.

Vgl. Weiler Motive zu §. 330—332 S. 28.

Eine gänzliche Umwälzung dagegen wollte derselbe gewiß nicht herbeiführen. Man würde daher, unseres Erachtens, mit dem Zweck des Gesetzgebers und dem Geist des Gesetzes, welches immer mit Rücksicht auf seine geschichtliche Entwicklung und auf seine Beziehungen zum frühern und zum gemeinrechtlichen Verfahren aufzufassen ist, in starken Widerstreit kommen, wenn man es so verstehen würde, daß keinerlei Folgen irgend einer unterlassenen Proceßhandlung ohne vorgängige Androhung eintreten sollen. Wir haben bereits oben unter I. Ziff. 5, 9, 12, 19 von gewissen natürlichen Folgen der Unterlassung von Proceßhandlungen gesprochen, die keiner Androhung bedürfen. Bei monitorischen Verfügungen (im Sinne der gemeinen deutschen Proceßlehre vgl. Thibaut a. a. O.) ist der wenngleich im Gesetz bestimmte Umstand, daß die fragliche Proceßhandlung der Gegenpartei und dgl. sonst dennoch vorgenommen werde, schon deßhalb nicht als Rechtsnachtheil anzudrohen, weil die Vornahme jener Proceßhandlung um die gerichtlich bestimmte Zeit nur als die Folge der richterlichen Bestimmung, nicht aber als die Folge des Ausbleibens oder Stillschweigens der monitorisch aufgeforderten Partei anzusehen ist, mithin §. 653 schon nach seinem Wortlaut keine Anwendung findet. Bei allen arctatorischen Verfügungen hat die Nichtbefolgung auch nach unserer Proceßordnung in der Regel (eine Ausnahme dürfte z. B. §. 795 bilden) die Pflicht zur Erstattung der verursachten betreffenden Kosten, die (unpassend) sogenannte poena contumaciae generalis zur Folge. Diese Folge ist aber eine vom Gesetz ein für allemal bestimmte, schon in landrechtlichen Grundsätzen begründete Folge, die nach Landrechtsatz 1 b als bekannt anzunehmen ist, mithin keiner Androhung bedarf.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 26. November 1842.

I.

Ueber die Grundlinien der Lehre von den Rechtsnachtheilen im badischen bürgerlichen Proceß.

Proceßordnung §§. 653, 654.

(Schluß).

Man wird nach unserem Dafürhalten dem Sinn und Zweck des Gesetzes am nächsten kommen, wenn man den Ausdruck „Versäumung einer Proceßhandlung" in §. 653, welcher an der Spitze des Titels von den Versäumungserkenntnissen steht, nur auf diejenigen Fälle bezieht, wo man von einer Versäumung im eigentlichen Sinn sprechen kann, nämlich von den Fällen der Unterlassung einer der unfolgsamen Partei obliegenden zur Erledigung des Rechtsstreites wesentlichen Handlung, einer Haupthandlung des Processes, so daß jener Ausdruck ungefähr das bedeutet, was Lehrer des gemeinen Processes Ungehorsam im engeren Sinn oder eigentlichen Ungehorsam nennen (?).

Vergl. Thibaut a. a. O.

Hierauf deutet auch die Bestimmung des §. 669 über die Frage, welche Urtheile nicht als Versäumungserkenntnisse gelten. Die unter Nr. I. vorgetragenen Ansichten erhalten auf diese Weise eine sichere Grundlage.

Möchten sich auch andere Stimmen über diese practisch wichtige Unterscheidung aussprechen.

III. Anrufen der Gegenpartei.

„Die Folgen der Versäumung werden nur auf Anrufen der Gegenpartei vom Richter ausgesprochen", sagt §. 654.

Diese Bestimmung muß für alle Fälle gelten, wo es sich um einen wirklich angedrohten gesetzlichen Rechtsnachtheil handelt. Eine andere Ansicht ist in Annalen 1837 Nr. 24 S. 143 hinsichtlich des Falls der Proceßordnung §. 289 und 364 mitgetheilt.

Wenn nämlich bei der Beantwortung der Klage, Einrede u. s. w. erhebliche Thatsachen übergangen, oder nicht gehörig, oder unbestimmt, oder ausweichend beantwortet sind, oder wenn die einzelnen Einreden zu Grunde gelegten Thatsachen unbestimmt oder unvollständig vorgetragen worden sind, und wenn hienach vorschriftsgemäß dem betreffenden Theil die Verbesserung des Mangels bei Vermeidung des Rechtsnachtheils aufgegeben wurde, daß sonst die fraglichen Thatsachen für zugestanden angenommen (geachtet), die fraglichen Einreden für versäumt geachtet würden, soll nach jener Ansicht der Rechtsnachtheil auch ohne Anrufen der Partei von Amtswegen ausgesprochen werden, was sich aus der Vergleichung der §§. 253 und 1109 mit obigen Paragraphen ergebe; in dem Falle, wo gar keine Antwort erfolgte, werde nämlich der Klagvortrag für zugestanden, jede Schutzrede für versäumt erklärt, in dem Falle dagegen, wo eine Antwort aber eine mangelhafte erfolgte, würden die betreffenden Thatsachen für zugestanden, bezugsweise die betreffenden Einreden für versäumt angenommen oder geachtet.

Diese letztere Ausdrücke bezeichneten aber keineswegs wie der Ausdruck „erklären" in §§. 253 und 1109 ein förmliches Aussprechen durch Versäumungserkenntnisse.

Es wird sich hiebei ferner auf §. 654 und darauf bezogen, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um die Versäumung einer ganzen Proceßhandlung, sondern um einzelne Mängel und Lücken eines wirklich beigebrachten Parteienvortrages handle. Ganz richtig und angemessen ist die letzterwähnte Unterscheidung. Eben deßhalb, weil

Digitized by Google

der Rechtsnachtheil des §. 253 und 1109 nur auf das Ausbleiben des Beklagten (oder seiner Vernehmlassung) also auf die Versäumung der ganzen Proceßhandlung, gedroht war, mithin nicht einmal eigentlich von einem partiellen Ungehorsam im Fall mangelhafter Erklärung die Rede sein kann, eben deßhalb schreibt §. 289 und 364 die nochmalige Androhung mit besonderem Bezug auf die einzelnen, mangelhaften Punkte vor. Daß die Folge solcher zweiten Androhung kraft Gesetzes ohne Anrufen der Partei eintreten soll, läßt sich nirgends nachweisen. Die Worte erklären und annehmen, erachten unterscheiden sich, schon an sich sprachlich nicht so scharf und auf die behauptete Weise, und die Unterscheidung stellt sich als eine gezwungene heraus. Die Unhaltbarkeit der darauf gebauten Ansicht zeigt sich aber klar durch Vergleichung des §. 253 mit den ihm entsprechenden, seine Bestimmung wiederholenden §. 330, 331 (im Titel von den Folgen der Versäumnisse im ersten Verfahren). Dort wird nämlich nicht das Wort „erklärt", sondern das Wort „angenommen", gebraucht, welches letztere z. B. auch im §. 424 vorkommt. Daß das Wort „geachtet" ebenso viel sagt als „angenommen", ist wohl an sich klar, ebenso daß das schriftliche Verfahren (§. 364) in der fraglichen Beziehung keine Abweichung vom mündlichen Verfahren enthält. Bedenkt man hiezu noch, daß auch unser früheres Proceßgesetz, die Obergerichtsordnung (§. 12, 31, 95 u. s. w.) beiderlei Ausdrücke abwechselnd ohne Unterschied anwendet, so wird man die Richtigkeit unserer Ansicht nicht wohl mehr bezweifeln können.

Alles Obige findet auch auf den Fall der Proceßordnung §. 342, den Fall der Nichtbeantwortung der vom Richter gestellten Fragen, Anwendung. Auch hier handelt es sich um Ausspruch eines eigentlichen Rechtsnachtheils, welcher von der allgemeinen Regel des §. 654 nirgend ausgenommen worden ist, daher vom Richter auch nicht ausgenommen werden darf, selbst wenn erheblichere Gründe hiezu aufforderten, als die, welche etwa für die Zweckmäßigkeit einer derartigen Ausnahme aufgebracht werden können.

Wir kommen nun zu den scheinbaren Ausnahmen unserer Regel. Auch hier dürfte sich die unter II. aufgestellte Unterscheidung als richtig bewähren. Es gibt nämlich allerdings Folgen der Unterlassung von Proceßhandlungen, welche ohne Anrufen eintreten, diese Folgen beziehen sich aber auf solche Proceßhandlungen, die nicht wesentlich zur Erledigung des Rechtsstreites gehören.

So hat z. B. das Nichtvorbringen von Einreden zur gehörigen Zeit nach §. 291 u. s. w. den Verlust der Einreden für die erste Instanz zur Folge, allein das Vorbringen von Einreden ist keine zur Vollendung des Rechtsstreites wesentlich erforderliche Proceßhandlung, das Erläutern und Ergänzen einer bereits vorgebrachten Einrede erscheint dagegen zur Vollendung des Rechtsstreites nothwendig, weil das einmal Vorgebrachte aufgeklärt und in's Reine gebracht werden muß, gleich wie die Beantwortung der richterlichen Fragen wesentlich erforderlich erscheint, da unnöthige Fragen vom Richter nicht gestellt werden sollen.

Es ist mithin erklärlich, daß im ersteren Falle der Verlust der Einreden ohne Anrufen und Versäumungserkenntniß eintritt, während in Fällen der letzteren Art der Verlust der Einrede u. s. w. nur auf Anrufen und durch Versäumnugserkenntniß erfolgt.

Ebenso ist die Ergreifung der Appellation keine zur Erledigung des Rechtsstreites wesentlich erforderliche Proceßhandlung, wohl aber ist die Fortsetzung d. h. Ausführung der Appellation, sobald diese einmal angemeldet ist, eine solche Proceßhandlung. Nur in letzterem Falle wird die Verfallenerklärung — ein nur auf Anrufen erfolgendes Versäumungserkenntniß — nothwendig.

Wir wollen nun noch schließlich vom Art. 7 des Abänderungsgesetzes vom Jahr 1837 reden. Wird auf die hienach in den Fällen der Proceßordnung §. 673 Nr. 2—6 nach Umständen zu erlassende Beweisverfügung der Beweis binnen der gegebenen Gnadenfrist nicht angetreten, so findet der Nachtrag des Beweises in dieser Instanz nicht mehr Statt, und der Richter entscheidet sofort in der Sache selbst, ohne Anrufen der Partei und ohne Versäumungserkenntniß. Die förmliche Drohung eines Rechtsnachtheils ist hier nicht vorgeschrieben, (obwohl geeignete Belehrung nicht ausgeschlossen, ja am Platze ist) eine solche Androhung liegt auch gar nicht im Sinne des Gesetzgebers, welcher nur, gleichsam um ein Uebriges zu thun, noch eine nachträgliche Gnadenfrist gewähren wollte, und dabei sofortige Entscheidung ohne Anrufen der Partei und ohne Versäumungserkenntniß befahl. Der Gesetzgeber hat hier, um den strengen

Grundsatz des §. 674 Nr. 3—5 durch Einführung eines Beweisbescheides im abgekürzten Verfahren nicht allzutief zu verletzen, eine schreiende Ausnahme von dem weit bedeutungsvolleren Grundsatz des §. 654 und 653 eingeführt. Nach unseren Erfahrungen möchte es zu bedauern sein, daß diese Ausnahme gegen die ursprüngliche Ansicht des Regierungsentwurfes Eingang fand. Das Princip der §§. 674. 673 scheint als einen strengen Zwang, nicht blos förderliche Aufmunterung zur Vorantretung des Beweises mit sich führend, ohnehin ein sehr bedenkliches und insofern unnatürliches, als der Beweis nur im Falle des nicht immer zu erwartenden Läugnens erforderlich wird; durch das neue Gesetz würde es aber dennoch an der Wurzel angegriffen, während zugleich ein anderes wichtigeres Princip empfindlich angetastet wurde. Da nun doch einmal im abgekürzten Verfahren (in den Fällen §. 673 Nr. 2—6) eine Beweisverfügung erlassen wird, wenn es nöthig erscheint, so ist es natürlich und gewiß nicht tadelnswerth, wenn Parteien, Anwälte und Richter in allen Fällen verwickelteren oder schwierigeren Beweises geneigt sind, die unnöthige Vorausantretung des Beweises solcher Punkte vorerst zu umgehen, welche wahrscheinlich keinen Widerspruch finden. Wie leicht geschieht es aber dann, daß eine Partei, selbst bei geeigneter Verwarnung, ihren Beweis und ihr gutes Recht unwiderbringlich verliert, weil sie, gesunden Verstandes, sich nicht davon überzeugen konnte, daß bei dieser nachträglichen Beweisfrist gegen die sonstigen Regeln unserer milden Proceßordnung eine so unnachsichtliche Strenge eintreten werde, daß selbst der Beweis der Krankheit, Abwesenheit oder höheren Gewalt ihr nichts frommen mag. Da es unstreitige Fälle giebt (und sie sind nicht ganz selten), wo eine alsbaldige Vorausantretung des vollständigen Beweises für eine Partei kaum thunlich, wegen Hinlenkung der gegnerischen Blicke auf die sachdienlich zu benützenden Beweisblößen nicht rathsam ist, da gerade in der Lehre von der Beweislast noch Manches dunkel und bestritten ist, so stellt sich uns jene Strenge als eine unnatürliche, verwerfliche dar, die wir, und, wie wir hoffen, recht viele andere Practiker mit uns, je bälder je lieber aus unserem Gerichtsverfahren verbannt sehen möchten.

Eduard Brauer.

II.

Die peinlichen Gerichtsstände nach den badischrechtlichen Bestimmungen.

Es gibt gemeine, besondere und privilegirte Gerichtsstände, welche sich bald nur auf die Untersuchung, bald blos auf die Aburtheilung, bald aber auf beide zugleich erstrecken,

A. Gemeine Gerichtsstände.

Als solche lassen sich folgende aufzählen:

1) Der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens. Jeder Angeschuldigte, sei er Inländer oder Fremder, ist demjenigen Gerichte des Großherzogthums unterworfen, in dessen Bezirk er sich eines Vergehens oder Verbrechens schuldig gemacht hat.

Wird ein Verbrecher anderwärts ergriffen, so ist er an dieses Gericht abzuliefern. Erläuterung Nr. 2.

Hat aber Jemand mehrere Verbrechen im Lande begangen, welche noch zu bestrafen sind, dann bestimmt der Bezirk, in welchem das letzte verübt wurde, den Untersuchungsrichter, es sei denn a) daß der Thäter wegen der früheren Verbrechen von dem desfallsigen Richter bereits vor Gericht gezogen (forum praeventionis) oder, daß die Untersuchung der Zweckmäßigkeit wegen an denselben überwiesen worden ist. Erläut. Nr. 3 †).

Beide Ausnahmen treten analog auch alsdann ein, wenn ein Verbrechen auf der Gränze mehrerer Gerichtsbezirke begangen ward ††).

2) Der Gerichtsstand der Heimath. Der Inländer, welcher sich im Auslande ein Verbrechen †††) zu Schulden kommen ließ, ist dem Gericht seines Wohnsitzes unterworfen. Erläut. Nr. 4.

Doch können auch hier eigenthümliche Verhältnisse oder besondere Verwicklungen es räthlich machen, die Untersuchung einem andern Richter zu übertragen ††††).

---

†) In diesem Sinn wird die am Schlusse etwas undeutliche Erläuterung um so mehr zu verstehen sein, als damit der §. 12 des Entwurfs einer badischen Strafprozeßordnung von 1835 übereinstimmt. D. E.

††) Der §. 14 des Entwurfs bestimmt dies im Wesentlichen eben so. D. E.

†††) Der Entwurf setzt im §. 16 hinzu: „welches auch im Großherzogthum bestraft werden kann." D. E.

††††) Wie z. B. bei Nicolaus Fromm von Winzenhofen

Der Fall, wo ein Verbrechen oder Vergehen im Ausland von mehreren Inländern, welche ihren Wohnsitz nicht in dem nämlichen Gerichtsbezirk haben, verübt worden, ist nirgends berührt. Indessen wird hier (nach Analogie der Erläuterung Nr. 3) die Prävention ebenfalls entscheiden, und das zuvorkommende Gericht für alle Complicen zuständig machen *), wenn nicht das Obergericht, eintretender Umstände wegen, für räthlich erachtet, unter den mehreren concurrirenden Gerichten des Wohnsitzes ein anderes mit der Untersuchung zu beauftragen.

Handelt es sich dagegen um mehrere noch zu untersuchende Verbrechen oder Vergehen, welche im Inlande und Auslande begangen worden sind, so erkennt die Praxis das hinsichtlich der hierlands verübten Verbrechen zuständige Gericht auch in Ansehung der auswärts begangenen als das ausschließend competente an **).

3) Der Gerichtsstand der Ergreifung. Dieser gilt gegen Ausländer und Landfahrer (d. h. solche Inländer, welche keinen Wohnsitz oder bestimmten Aufenthaltsort im Lande haben) wegen auswärts begangener Verbrechen, wenn dieselben (wie jene an Inländern und gegen das Inland oder dessen Behörden verübte) im Großherzogthum bestraft werden können.

Ist die Zuständigkeit zwischen mehreren coordinirten Gerichten des nämlichen Kreises zweifelhaft, so entscheidet das ihnen vorgesetzte Obergericht. Hingegen sind Conflicte zwischen derartigen Gerichten verschiedener Kreisen durch das Justizministerium zu entscheiden †) (??).

B. Besondere Gerichtsstände.

Unter besonderen Gerichtsständen werden die für gewisse Klassen von Staatsbürgern eigens constituirten, den gemeinen Gerichtsständen coordinirten Gerichtsbehörden verstanden, die man im weiteren Sinne des Wortes auch privilegirte zu nennen pflegt.

Einen Gerichtsstand dieser Art hat

I. Das Großherzogliche Militär mit Inbegriff der militärisch charakterisirten Civildiener ††) bei den betreffenden Commandos. Gleichwohl sind die Aemter befugt, beziehungsweise verpflichtet: a) beurlaubte Soldaten wegen größerer Vergehungen (d. h. peinlicher Verbrechen) zu verhaften, sie über die Anschuldigung summarisch zu verhören und die zur Herstellung des Thatbestandes nöthigen Handlungen vorzunehmen; jedoch ist das betreffende Commando davon sogleich zu benachrichtigen und ihm die weitere Maßnahme anheim zu geben †††). Die Untersuchung geringerer Vergehen kann das Commando dem Amte bis zum Schlusse überlassen oder den Beurlaubten sogleich einberufen, um die Untersuchung fortzusetzen und zu beendigen; b) die von solchen Beurlaubten oder in der Garnison befindlichen Militärpersonen, auf welche das Gesetz vom 31. Dezbr. 1831, Regierungsblatt von 1832 Nr. 4 die Rechtsver hält-

---

(Bezirksamts Krautheim) wegen des in der königl. baierischen Pfalz, anderthalb Stunden von Mannheim, verübten Raubmords. Vergl. Annalen, I. Jahrgang Nr. 12. D. E.

*) Dieser Ansicht huldigte das großherzogliche Justizministerium in der Untersuchung gegen mehrere inländische Theilnehmer an dem im Jahr 1835 von Venedey zu Paris gestifteten Bunde der Geächteten, indem durch Erlaß vom 8. Februar 1841 Nr. 701. das Bezirksamt Ettenheim, welches desfalls einen Amtsuntergebenen zuerst vor Gericht gezogen hatte, für alle sogar in verschiedenen Kreisen des Großherzogthums domicilirenden Mitbeschuldigten als zuständig erkläet wurde, die Untersuchung ausschließend zu führen, und zwar aus folgenden Gründen: „Die Annahme eines fori connexitatis in Criminalsachen rechtfertige sich bei der fragmentarischen Beschaffenheit unserer Strafgesetzgebung durch die unläugbare Zweckmäßigkeit eines solchen Gerichtsstandes und die bisherige Praxis; positive Vorschriften ständen ihr nicht entgegen; insbesondere verstoße sie nicht gegen den §. 15 der Verfassungsurkunde, weil dieser unbestimmt lasse, wer im einzelnen Fall der ordentliche Richter sei." D. E.

**) Damit conform ist der §. 18 des Entwurfs. D. E.

†) Eine solche Entscheidung ist in der vorletzten Note angeführt. D. E.

††) In einem Erlaß vom 30. Oktober 1840 Nr. 9955 hat das großherzogliche Kriegsministerium ausgesprochen: „Die pensionirten Militärbeamten stehen, wie die pensionirten Offiziere, nur dann unter militärischer Gerichtsbarkeit, wenn sie Militäruniform forttragen dürfen. Hierzu sind sie aber nach der höchsten Ordre S. K. Hoheit des Großherzogs vom 28. April 1840 nur dann befugt, wenn ihnen die Erlaubniß, die Uniform fortzutragen, ausdrücklich gegeben worden ist, was, so wie die Pensionirung selbst, jedesmal öffentlich bekannt gemacht wird." D. E.

†††) Ist ein gemeines Verbrechen mit entehrender Strafe bedroht, so wird der Thäter, als unwürdig ferner im Militär zu dienen, an das für den concreten Fall zuständige Civilgericht zur Aburtheilung überwiesen. D. E.

Digitized by Google

nisse der Militärdiener betreffend — keine Anwendung findet, verübten Forstfrevel zu thätigen, und das Urtheil, so weit der Sträfling zahlungsfähig ist, zu vollziehen †).

Forstgesetz vom 15. November 1833. Regierungsblatt von 1834. Nr. 2. S. 39 §. 200.

Von der Militärgerichtsbarkeit ausgenommen und der Civiljurisdiction schlechthin unterworfen sind:

1) Fremde Soldaten, welche sich im Lande aufhalten. Verordnung vom 4. April 1805 Regierungsblatt Nr. 13, und

2) die einem Corps oder Regiment noch nicht zugetheilten Rekruten.

Doch müssen die Aemter von allen über solchen Rekruten verhängten Strafen der Cantonsbehörde sogleich Nachricht geben. Conscriptionsgesetz vom 14. Mai 1825. Regierungs-Nr. 10 §. 63.

Eben so haben einen militärischen Gerichtsstand:

II. Fremde, im Lande privatisirende Officiere, wenn sich dieselben in Orten aufhalten, in welchen Militär-Garnison ist ††). IX. Organ. Edict vom 21. März 1803, Verordnung vom 9. Dezember 1803, Regierungsblatt von 1804 Nr. 1, Organ. vom 26. November 1809, Regierungsblatt Nr. 49. S. 396. §. 4. und Beilage lit. C., Regierungsblatt Nr. 51. S. 427. § 14. Erläut. von 1812 Nr. 6. — desgleichen

III. Die Großherzogliche Gendarmerie. Gesetz vom 31. Dezember 1831 Regierungsblatt von 1832 Nr. 3. S. 50. §. 22.

Conflicte zwischen Civil- und Militär-Gerichten werden durch das Staatsministerium entschieden.

IV. Magister, Privatdocenten, immatriculirte Studenten und Diener der Universität hinsichtlich der geringeren Vergehen bei dem Universitätsamte. Eignet sich aber das Vergehen oder Verbrechen zur hofgerichtlichen Aburtheilung, so hat das Universitäts-Amt nur die Untersuchung zu pflegen. XIII. Organ. Edict vom 13. Mai 1803 §. 33. und Verordnung vom 7. Mai 1810 Regierungsblatt Nr. 19. S. 127.

Wegen aller Vergehungen, welche sich Studirende außerhalb des Bezirks jenes Amtes, in welchem die Universität ihren Sitz hat, aber innerhalb des Großherzogthums, zu Schulden kommen lassen, sind sie der gewöhnlichen Behörde des Begehungsortes unterworfen.

Sind bloße Disciplinarvergehen in Frage, so hat die genannte Behörde, nachdem sie die zu deren Constatirung erforderliche Untersuchung gepflogen, die Studirenden, bei Besorgniß der Flucht auch unter Begleitung, nebst den geführten Acten, dem Universitätsamt zu überliefern. Academische Gesetze von 1835 §. 25. und 30.

C. Privilegirte Gerichtsstände.

Hierunter versteht man diejenigen Gerichtsstände, welche gewisse Personen aus Rücksichten ihres Standes bei den höheren Gerichten haben.

I. Bei den Hofgerichten.

1) Die Häupter der standesherrlichen Familien,

a. wenn sie in peinlichen Fällen auf das Recht der Austrägalinstanz verzichten und sich dem gewöhnlichen privilegirten Gerichtsstand unterwerfen,

b. wenn sie wegen sonstiger, gerichtlich zu bestrafender Vergehen, welche nicht peinlich sind, in Untersuchung kommen *).

2) Die übrigen Mitglieder der standesherrlichen Familien unbedingt;

3) Die Grundherrn, sie mögen zur ehemalig unmittelbaren Reichsritterschaft oder zu jenem Adel gehören, welcher schon vor dem Preßburger Frieden mit Gerichtsbarkeit auf seinen Besitzungen landsäßig war.

In solchen peinlichen Fällen jedoch, welche ihrer Natur nach wegen Gefahr eines unersetzlichen Verlustes, eines offenkundigen Verbrechens oder Besorgniß der Flucht keinen Aufschub leiden, dürfen die Ortsvorgesetzten provisorische — innerhalb der Gränzen ihrer allgemeinen Amtsbefugniß liegende — Vorkehr-

†) Da hingegen der Vollzug von Freiheitsstrafen dem betreffenden Regiment oder Corps bleibt, so sollen die Aemter das betreffende Commando von dergleichen Straferkenntnissen sogleich benachrichtigen. Justizministerialrescript vom 16 April 1838 S. 1524. D. E.

††) Vorausgesetzt jedoch, daß sie berechtigt sind, Uniform zu tragen.

Ist dieß nicht der Fall, so haben fremde Offiziere ihren Gerichtsstand bei den Aemtern. D. E.

*) Da die Austrägalinstanz, wovon weiter unten noch besonders die Rede sein wird, nur für peinliche Fälle verliehen ist, so darf sie nach einer bekannten Interpretationsregel als Privilegium nicht auf geringere Vergehen ausgedehnt werden. D. E.

ungen treffen; sie müssen aber sogleich hiervon die Anzeige an des Bezirksamt machen.

4) Die von dem Großherzog oder von den Ministerien patentisirten oder bestätigten Civildiener, so wie die landesherrlichen Diener in standes- und grundherrlichen Besitzungen. — Dieses Privilegium hört aber mit Ablegung der Dienstwirklichkeit auf.

Obgleich gegen die privilegirten Personen nur das Hofgericht die Untersuchung, wenn sie nicht Dienstvergehen betrifft, zu erkennen hat, †) Strafedict §. 6. so schließt doch diese Ausnahme diejenigen provisorischen Maßregeln nicht aus, welche die Beamten in Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, ergreifen sollen. Organ. von 1809. Regierungsblatt Nr 51. Beilage lit C. §. 14. S. 427. Verordnung vom 21. März 1812. Absatz VIII. Regierungsblatt Nr. 14 S. 75—77. Verordnung vom 28. Dezember 1815. Regierungsblatt von 1816 Nr. 3 S. 8. Edicte vom 22. April 1824. Regierungsblatt Nr. 11 S. 71—81.

Wegen Dienstvergehen oder Dienstverbrechen kann ein Beamter, nach vorausgegangener dienstpolizeilicher Untersuchung, nur durch einen Beschluß der obersten Staatsbehörde vor Gericht gestellt werden. Dienstedict vom 30. Januar 1819. §. 16 ††). Die Hofgerichte sind hinsichtlich dieser privilegirten Personen sowohl untersuchende als urtheilende Gerichte. *)

Competenzconflicte zwischen den Hofgerichten entscheidet das Justizministerium (?).

II. Bei dem Oberhofgerichte.

Die Minister und Mitglieder der obersten Staatsbehörde, wenn sie wegen Verletzung der Verfassung oder anerkannt verfassungsmäßiger Rechte angeklagt sind. Gesetz vom 5. Oktober 1820 §. 7. Regierungsblatt Nr. 15 S. 82. ꝛc.

D. Austrägalgericht.

Das Austrägalprivilegium war durch das — die Standesherrlichkeitsverfassung betreffende — Edict vom 22. Juli 1807 §. 12 Regierungsblatt Nr. 29, nicht bloß den Häuptern der standesherrlichen Familien, sondern auch ihren Gemahlinnen und Kindern, während der Lebzeiten ihrer Gatten und Väter, in peinlichen Fällen zugestanden.

Die Organisation von 1809 wahrte den Standesherrn dieses Privilegium. Regierungsblatt Nr. 52 S. 465 Beilage lit. E. §. 7.

Dagegen beschränkte der §. 10 des Edicts vom 23. April 1818 (Regierungsblatt Nr. 9), welches im § 23 der Verfassungsurkunde für einen Bestandtheil der Staatsverfassung erklärt ist — das gedachte Privilegium auf die Häupter der standesherrlichen Familien, wobei es jedoch in so fern nicht lange verblieb, als daſſelbe durch den §. 7. des Edicts vom 16. April 1819 — Regierungsblatt Nr 14 — wieder auf die Gemahlinnen der der Standesherrn, während der Lebzeit ihrer Gatten, ausgedehnt worden ist.

---

†) Ist der vom Gerichtshof ernannte Untersuchungscommissär ein Mitglied desselben, so hat er gleichwohl bei der Aburtheilung mitzustimmen. Staatsministerialrescript vom 17. Februar 1820 Nr. 452. D. E.

††) Durch die landesherrliche Verordnung vom 11. November 1821 — Regierungsblatt Nr. 19 — war die Frage: ob ein Staatsbeamter wegen Dienstvergehen vor Gericht gestellt werden soll? dem Geschäftskreis der II. Section des Staatsministeriums zugetheilt, welche unterm 17. Februar 1826 — Regierungsblatt Nr. 6 — wieder aufgehoben worden ist. Schon früher hatte ein Rescript des Staatsministeriums vom 2. November 1820 Nr. 770 die Ministerien und Mittelstellen ermächtigt, wegen peinlicher Verbrechen die Stellung eines Dieners vor Gericht, ohne vorher einzuholende Ermächtigung des Staatsministeriums, zu verfügen. Gleichen Inhalts sind die Rescripte der obersten Staatsbehörde vom 3. Oktober 1822 Nr. 2330, vom 19. August 1824 Nr. 1701, und vom 12. November 1827 Nr. 1709/5. Das Oberhofgericht bindet sich aber nicht daran. Jahrbücher N. F. VI. Jahrgang S. 125—128.

Dessenungeachtet beharrte das großherzogliche Staatsministerium inhaltlich seiner jüngsten Entschließung in diesem Betreff vom 31. August 1840 Nr. 1532 bei den früheren Rescripten mit der Modifikation, daß den Ministerien überlassen wurde, die ihnen untergeordneten Mittelstellen anzuweisen, künftig die Stellung wirklicher Staatsdiener vor Gericht nicht mehr zu verfügen, ohne vorher das Resultat der gepflogenen dienstpolizeilichen Untersuchung dorthin vorgelegt und nähere Entschließung von ihnen darüber erhalten zu haben. Jahrbücher, N. F. VII. Jahrgang S. 12. Aber auch damit wird sich der oberste Gerichtshof, in Consequenz seiner früheren Entscheidungen, nicht begnügen. D. E.

*) Die Stellung vor Gericht durch das Staatsministerium ist nur die Bedingung, ohne welche der sonst zuständige Richter die Untersuchung gegen den Beamten wegen Dienstvergehen nicht einleiten darf. Hat aber das Staatsministerium hiezu durch Stellung vor Gericht auch die Ermächtigung ertheilt, so hat immerhin das Hofgericht noch zu erkennen, ob (nach der Natur der angeschuldigten Handlungen und nach den dafür vorliegenden Verdachtsgründen) eine peinliche Untersuchung wirklich einzuleiten sey oder nicht. D. Red.

Digitized by Google

Nach den einzelen Declarationen, wodurch die staatsrechtlichen Verhältniſſe der Standesherrſchaften des Großherzogthums feſtgeſtellt wurden, ſteht indeſſen des Austrägalprivilegium nur den Häuptern der ſtandesherrlichen Familien zu; die übrigen Mitglieder derſelben ſind dem gewöhnlichen privilegirten Gerichtsſtande unterworfen.

Nach dem landesherrlichen Reſcript vom 29. April 1819 — Regierungsblatt Nr. 16 S. 92. §. 8 — erkennt das Staatsminiſterium die Unterſuchungen gegen Standesherren. †)

Im Uebrigen gelten nunmehr in Bezug auf die fürſtlichen Standesherrſchaften Fürſtenberg und Salm-Krautheim, ferner in Bezug auf die gräflichen Standesherrſchaften Leiningen-Billigheim und Leiningen-Neudenau, ſo wie in Bezug auf die (dem Herrn Fürſten von der Leyen gehörige) gräfliche Standesherrſchaft Hohengeroldsegg folgende Beſtimmungen:

In peinlichen Fällen, mit Ausnahme der Militär- und Civildienſts-Verbrechen, ††) genießt das Haupt der Standesherrſchaft das Recht der Austrägalinſtanz und kann nur durch ſeines Standes gerichtet werden. Die Unterſuchung wird durch das betreffende Hofgericht unter dem Vorſitz des Hofrichters oder Direktors geführt. Wenn ſie geſchloſſen iſt, ernennt der Großherzog den Chef des oberſten Juſtizdepartements oder den Oberhofrichter zum Präſidenten des Gerichts, einen Referenten und Correferenten aus der Mitte des oberſten Juſtizdepartements oder Oberhofgerichts und die geſetzliche Anzahl von Beiſitzern von dem Stande des in Unterſuchung gefallenen Standesherrn. Wenn das Gericht mit ebenbürtigen Beiſitzern nicht vollſtändig beſetzt werden kann, ſo muß die Zahl derſelben durch Grundherrn des Großherzogthums ergänzt werden ꝛc.

Die gegen die Standesherrſchaft etwa nöthigen polizeilichen Maßregeln in Criminalſachen werden in gewöhnlichen, jedoch ihrem Stande und Anſehen angemeſſenen Wegen auf Anordnung der oberſten Staatsbehörde, oder wenn eilende Fälle vorkommen ſollten, von den mittleren Landesſtellen ergriffen.

Die Declaration für Salm Krautheim beſtimmt die Zahl der ebenbürtigen Beiſitzer auf wenigſtens Vier und ſtellt dem Standesherrn frei, in einzelnen Fällen auf das Recht der Austrägalinſtanz zu verzichten und ſich dem ordentlichen Richter zu unterwerfen.

Das Nämliche iſt der Fall hinſichtlich der Standesherrſchaften Hohengeroldsegg, Leiningen-Billigheim und Leiningen-Neudenau. Verordnung vom 12. Dezember 1823, §. 19. Reg.Bl. von 1824, Nro. 1. Verordnung vom 6. Oktober 1825, §. 19—21. Reg.Bl. Nro. 25 und Verordnung vom 27. März 1839, §. 15 bis 17. Reg.Bl. Nro. 10. Verordnung v. 2. März 1826 §. 19—21. Reg.Bl. Nro. 7. Verordnung vom 7. Oktober 1830, §. 19—21. Reg.Bl. Nro. 12.

In Anſehung der Standesherrſchaft Löwenſtein-Wertheim iſt feſtgeſetzt:

„In peinlichen Fällen, mit Ausnahme der Civil- und Militärdienſtverbrechen, werden die Häupter der fürſtl. Familie von Richtern ihres Standes gerichtet. Wenn ein ſolcher Fall ſich ereignet, ſo kann zwar der ordentliche Richter des Bezirks nicht nur die etwa vorübergehenden Spuren des Verbrechens erheben, und anderweite fürſorgliche Anordnungen treffen, ſondern nach Beſchaffenheit der Umſtände ſelbſt eine vorläufige Bewachung oder auch eine wirkliche Verhaftung und Verwahrung des Angeſchuldigten an einem ſicheren und anſtändigen Orte verfügen, er muß aber davon auf der Stelle ſowohl dem Großherzog unmittelbar als dem Mittelgerichte, in deſſen Sprengel das Verbrechen begangen worden, (letzterem unter Vorlage der abgehaltenen Protokolle) gebührende Anzeige machen. Das Mittelgericht ſoll dann innerhalb 24 Stunden nach Empfang dieſer Anzeige entſcheiden, ob die Verhaftung für geſetzmäßig zu achten und ob eine peinliche Unterſuchung einzuleiten ſei? *) Die Unterſuchung wird durch einen von demſelben Gerichte aus ſeiner Mitte ernannten Commiſſarius unter dem Vorſitze des Präſidenten oder des Direktors geführt. Die Aburtheilung geſchieht durch ein Gericht, wozu der Großherzog den Chef des Juſtizminiſteriums oder den Oberhofrichter und nebſtdem zwei Mitglieder des Juſtizminiſteriums oder Oberhofgerichts als Re- und Correferenten mit berathender Stimme ernennt, ſämmtliche übrige Standesherrn des Großherzogthums aber als Beiſitzer einberufen. Die Anweſenheit von dreien dieſer Letzteren iſt zur Aburtheilung genügend; bei eintretender Stimmen-

†) Dadurch iſt die Beſtimmung der Organiſation von 1809 — Regierungsblatt Nr. 52. Beilage lit. F. S. 488 §. 31 lit. N. — wornach dem Juſtizminiſterium dieſes Erkenntniß zuſtand, außer Wirkſamkeit geſetzt. D. E.

††) In dieſen Ausnahmsfällen kommen die von dem Gerichtsſtande der Civil- und Militärbeamten geltenden Vorſchriften auch gegen die Standesherrn zur Anwendung. D. E.

*) Die obenerwähnte Beſtimmung, wornach das Staatsminiſterium die Unterſuchungen gegen Standesherrn zu erkennen hat, würde alſo in dieſem Fall nicht anwendbar ſein. D. E.

Digitized by Google

gleichheit entscheidet die Stimme des Präsidenten ꝛc. ꝛc." Verordnung v. 14. März 1833, §. 11 Reg.Bl. Nr. 11.

Die fürstlich Leiningensche Deklaration bestimmt:

„In peinlichen Fällen, mit Ausnahme der Militär- und Civildienstverbrechen, genießt das Haupt der fürstlichen Familie das Recht, nur durch Richter seines Standes gerichtet zu werden. Die Untersuchung wird durch das betreffende Hofgericht, unter dem Vorsitze des Hofrichters oder Direktors geführt. Die Aburtheilung geschieht durch das Gericht, dessen Präsidium der Souverän dem Vorstande des Justizministeriums oder dem Oberhofrichter übertragen, wozu Er nebstdem zwei Mitglieder des Justizministeriums oder Oberhofgerichts als Re- und Correferenten mit berathender Stimme ernennen, sämmtliche übrige Standesherrn des Großherzogthums aber als Beisitzer einberufen wird. Die Anwesenheit von dreien dieser Letzteren ist zur Aburtheilung genügend ꝛc.

Uebrigens soll dem Angeschuldigten unbenommen sein, auf das Recht, durch Richter seines Standes gerichtet zu werden, zu verzichten und sich dem gewöhnlichen privilegirten Gerichtsstand zu unterwerfen ꝛc.

Der ordentliche Richter des Bezirks kann jedoch nicht nur die etwa vorübergehenden Spuren des Verbrechens erheben und anderweite fürsorgliche Anordnung treffen, sondern nach Beschaffenheit der Umstände selbst eine vorläufige Bewachung oder auch eine wirkliche Verhaftung und Verwahrung des Angeschuldigten, jedoch auf eine seinem Stande und Ansehen angemessene Weise verfügen; er muß aber dann auf der Stelle sowohl dem Großherzog unmittelbar als dem Hofgerichte, in dessen Sprengel das Verbrechen begangen wurde (letzterem unter Vorlage der Akten), gebührende Anzeige machen; das Hofgericht soll dann innerhalb 24 Stunden nach Empfang dieser Anzeige entscheiden, ob die Verhaftung für gesetzmäßig zu achten und ob eine peinliche Untersuchung einzuleiten sei, sofort auch die weiteren Verfügungen treffen, die ihm als untersuchendem Gerichte zukommen. Verordnung v. 30. Juli 1840, §. 19—21 Reg.Bl. Nro. 25.

Demnach sind die Hofgerichte in denjenigen Fällen, welche sich zur austrägalgerichtlichen Entscheidung eignen, nur untersuchende Behörden.

Bayer.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Scherer gegen Danners Eheleute

Eigenthumsstörung betreffend.

(L.R.S. 674.)

Das der Klage entsprechende amtliche Erkenntniß wurde mittelst Abweisung des Klägers abgeändert.

Entscheidungsgründe.

Kläger verlangt in seiner Klage zu erkennen, daß die Beklagten schuldig seien, entweder eine Mauer an der Grenzscheide (des beiderseitigen Gartenfelds) aufführen zu lassen, oder aber einen Damm von 2 Schuhen aufzuwerfen. K. behauptet nämlich, daß der Beklagte theils schon früher im Jahr 1827, also ehe er K. sein anstoßendes Eigenthum (1838) gekauft, theils später noch an seinem Krautgarten in einer Höhe von 7½ Fuß den Grund auf seinem (K.) Eigenthum abgegraben und dadurch bewirkt habe, daß sein Boden weiche und hinabrolle, wodurch ihm ein jährlicher Schaden von wenigstens 4 fl. zugehe. Der Unterrichter entsprach dem Klagbegehren, wozegen die Beklagten die Berufung ausgeführt haben. Die Klage erscheint in Rechten nicht begründet. Der L.R.S. 544 gewährt dem Eigenthümer die freie Befugniß, über Bestand und Wesen der Sache, sowie über den Genuß derselben nach Belieben zu verfügen, so lange er nur keine durch Gesetze oder Verordnungen des Staats untersagte Verfügung darüber trifft. Eine solche erlaubte Eigenthumsverfügung enthält nun die Handlung, welche den Grund der vorwürfigen Klage bildet. Zwar verordnet der L.R.S. 674, daß man gewisse Anlagen nur in einer bestimmten Entfernung vom Eigenthum des Nachbars anbringen dürfe, oder diejenigen Werke machen müsse, welche gemäß bestehender Verordnungen, Gebräuche oder der Angaben von Kunstverständigen zur Bewahrung des Nachbars vor Schaden nöthig sind.

Nach L.R.Zus. 544 a und 6 a sind aber die Beschränkungen der Eigenthumsrechte streng auszulegen, und es läßt sich somit schon aus diesem allgemeinen Grunde der L.R.S. 674 auf den darin nicht aufgeführten, vorwürfigen Fall nicht anwenden. Wollte man aber den kategorisch, nur auf die aufgeführten Fälle lautenden L.R.S. 674 auch mit mehreren Rechtslehrern nur als beispielsweise sprechend ansehen und eine ausdehnende Auslegung zugeben, so könnte man doch immerhin nur solche Fälle unter den Artikel stellen, welche mit den darin aufgeführten Aehnlichkeit haben, bei welchem daher der nämliche Grund vorhanden ist, da, wie Brauer in seinen Erläuterungen sich ausdrückt, eine beschränkte Verordnung nur innerhalb dem Umfang ihrer Beschränkung wirkt. Vergleiche *Pardessus*, des servit. p. 303. *Zachariä*, Handbuch §. 243 (3te Auflage).

Nach der Ueberschrift und der ganzen Fassung setzt aber der Artikel Mauern voraus, woran entweder Werke angelegt oder Brunnen gegraben, oder ätzende Gegenstände gelegt werden sollen.

Die Beklagten haben somit nur von ihrem Eigenthumsrechte Gebrauch gemacht und deßhalb kein Recht verletzt. Hiernach stellt sich die Klage als rechtlich unbegründet dar, und es kommt deßhalb auf die Einwendung, daß, ehe K. in den Besitz des Gartens gekommen, dem Beklagten von dem Rechtsvorfahrer des K. das Abgraben, so wie solches geschehen, gestattet und von demselben sogar dabei geholfen worden sei, gar nicht mehr an. Aus diesen Gründen wurde mit Anwendung des §. 169 der Proceßordnung, wegen der Kosten wie geschehen abändernd erkannt.

Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 3. Dezember 1842.

I.

Ueber die Vorbedingungen der Klage aus einem doppelseitigen Vertrag mit besonderer Rücksicht auf Landrechtssatz 1612.

Der Satz, daß, wer auf Erfüllung eines doppelseitigen Vertrags klagt, zur Begründung seiner Klage anzuführen habe, daß er die ihm obliegende Verbindlichkeit schon erfüllt habe, wird sehr oft unbedingt auf alle Kontraktsklagen angewendet, und darnach die Klage, wo die Erfüllung von Seiten des Klägers nicht angeführt oder nicht bewiesen ist, als zur Zeit unstatthaft verworfen.

Ich habe mehrere Urtheile vor mir liegen, durch welche die Klagen der Liegenschaftskäufer jedesmal in der angegebenen Weise und nach dem angeführten Grundsatze zur Zeit abgewiesen sind, obschon sämmtliche Klagen nicht sofort durch die Nichterfüllung oder den Verzug des Gegenkontrahenten in der Erfüllung, als vielmehr durch die Erklärung des Gegentheils provozirt waren, daß kein Verkauf mit den Klägern abgeschlossen worden sei.

Selbst in der Vernehmlassung auf die Klagen haben die beklagten Verkäufer die Negation des Vertragsabschlusses oben angestellt und wie gewöhnlich eventuell die Einrede vorgeschützt, daß der Käufer den Kaufschilling noch nicht bezahlt und auch deshalb nach Landrechtssatz 1612 wenigstens zur Zeit noch kein Klagrecht habe.

Diese Entscheidungen sind nicht ohne Grund eine Verletzung des natürlichen Rechtssinnes genannt worden.

Einer dieser Fälle zeichnet sich besonders noch dadurch aus, daß der Kaufschilling, um der einmal angenommenen strengen Theorie zu genügen, dem Verkäufer vor Erhebung der Klage angeboten, die Annahme verweigert und darauf die Hinterlegung vor Großherzoglichem Amtsrevisorat bewirkt worden war.

Die Hinterlegung wurde aber als ungültig anerkannt, weil die Gläubiger nachher nicht aufgefordert werden die hinterlegte Sache in Empfang zu nehmen.

Das System des Obligationenrechts des Code ist im Wesentlichen jenem des römischen Rechts nachgebildet, und es ist kein Verstoß gegen den Landrechtssatz 4 a, wenn man bei Erörterung einer allgemeinen Frage die gemeinschaftlichen Grundsätze des römischen und französischen Rechts neben einander aufstellt, um die richtige Beantwortung zu erzielen. (Vergleiche Roßhirt, daß französische und badische Civilrecht 1842. I. Band S. 22 ff. und Lehrbuch des französischen Civilrecht in steter Vergleichung mit dem römischen Civilrecht von Thibaut, herausgegeben von Guyet.)

Im Allgemeinen stellt das römische Recht den maßgebenden Grundsatz auf, daß die Klage aus einem doppelseitigen Vertrag durch die Thatsache bedingt werde, daß der Kläger selbst seine Verbindlichkeit entweder schon erfüllt habe, oder die Erfüllung vor der Klage anbiete; er sei ein Käufer oder Verkäufer, Pächter oder Verpächter ꝛc. (der Fall wo für die Erfüllung des Käufers Zahlungsziele gesetzt sind, gehört nicht hierher.)

Durch die Erfüllung des Vertrags von Seiten des einen Kontrahenten wird der andere Kontrahent in Verzug gesetzt, und es scheint das Gesetz eine solche thatsächliche Verzugssetzung zur Bedingung der Klage gemacht zu haben.

(So die Discussionen zu Landrechtssatz 1612.)

Es muß nun zugegeben werden, daß (nach der gewöhnlichen Theorie) Niemand die Erfüllung des Vertrags verlangen kann, der nicht selbst schon erfüllt hat. (Thibaut §. 169.) Allein wenn die Erfüllung des

Vertrags in Frage steht, dann muß doch wohl die Existenz desselben unbestritten sein. Die Erfüllung ohne Vertrag ist nicht denkbar, weil jede Verbindlichkeit zu ihrem Dasein eine causa debendi haben muß.

Der Verkäufer, welcher läugnet mit dem Kläger einen Kaufabgeschlossen zu haben, erklärt damit zugleich, daß er den Kaufpreis nicht annehme, denn die Annahme des Kaufschillings wäre ein Aufgeben des Widerspruchs und eine Einwilligung. Landrechtssatz 1108 b. Durch das Läugnen des Vertragsverhältnisses selbst wird jede Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem bestrittenen Vertrag bis zu jenem Augenblicke suspendirt, wo über das Dasein, und die Gültigkeit desselben entschieden ist. Es beleidigt das Rechtsgefühl, wenn der Verkäufer den Vertrag läugnet und zugleich, wo sein Läugnen fruchtlos bleibt, mit der Einrede, daß der Kaufschilling noch nicht bezahlt sei, der Klage zu begegnen das Privilegium hat, womit er den Käufer nothigt, eine zweite Klage auf Erfüllung zu erheben und zu deren Begründung vorerst den Kaufschilling zu bezahlen oder zu hinterlegen.

Die römischen Gesetze sprechen schon hie und da die Ansicht aus, daß das Anbieten des Kaufschillings zur actio emti hinreiche (Vergl. Glück. Band 17. S. 213. ff.) und dieses Anbieten des Kaufschillings reicht gewiß überall hin, wo der Verkäufer den Vertragsabschluß selbst läugnet.

Zu einem Vertrag wird erfordert:

1) Die Rechtsfähigkeit der Vertragspersonen,

2) die Einwilligung derselben, und

3) eine Verbindlichkeit in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand (Leistung und Gegenleistung)

Diese Momente sind präjudiziell und von dem Richter, wenn sie bestritten werden, zu entscheiden, ehe es zur Erfüllung des Vertrags kommt; die Erfüllung ist Gegenstand der Exeecutionsinstanz und mit der Exeecution darf nicht angefangen werden.

Der Kläger kann ja den Vertrag nicht erfüllen der nicht existirt. Das Wesen des doppelseitigen Vertrags besteht gerade darin, daß beide Theile etwas zu leisten und gleichzeitig zu leisten schuldig sind; und wenn nun der Rechtsgrund der Verbindlichkeiten bestritten ist, so existirt kein Vertrag, und ein noch nicht existirender Vertrag hat keine Folge, namentlich nicht die Folge, daß der Käufer den Kaufschilling darzulegen verbunden ist, bevor er noch weiß, ob er auch wirklich die Eigenschaft eines Käufers, das Recht und die Verbindlichkeit eines Käufers habe.

Ist nun der aufgestellte Grundsatz des römischen Rechts vom Code rezipirt und hat dem zu Folge bei doppelseitigen Verträgen ohne Ausnahme die Leistung und Gegenleistung gleichzeitig, oder wie Zachariä sich ausdrückt, Zug für Zug zu geschehen, so erleidet der Landrechtssatz 1612 eine andere Anwendung, als der Wortlaut zu gebieten scheint. Nach diesem Satz ist der Verkäufer nicht schuldig, den Gegenstand zu übergeben, bis ihm der Preis gezahlt oder von ihm Zahlungsfrist bewilligt ist.

Auch dieser Satz ist römischen Ursprungs und will blos so viel sagen, daß es der Natur des Kaufvertrags angemessen sei, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises den Anfang mache: Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

Selbst diese Vorschrift ist, wie die römischen Gesetze deutlich erkennen lassen, keine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, daß jeder Kontrahent, er sei Käufer oder Verkäufer mit Erfüllung seiner Verbindlichkeit vorangehen müsse, bevor er von dem Gegentheil die Erfüllung zu verlangen das Recht habe. Es beweist dieses die l. 25 D. 19. 1. welche sagt:

„Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum, petentem pretium, *exceptione uti poterit*, si ea pecunia, qua de agitur, pro ea re petitur, *quae venit, neque tradita est.*“

Der L.R.S. 1612 spricht nur von dem Fall, wo der Käufer den Vertrag geltend macht und ein Urtheil erwirkt, welches den Vertrag aufrecht erhält und den Verkäufer für schuldig erklärt, den Kauf zu halten. Hier soll im Vollstreckungswege die Uebergabe des Kaufgegenstandes in so lange nicht eintreten, bis der Kaufschilling von dem Kläger dargelegt ist. Auf diese Weise ausgelegt, stellt sich die Vorschrift des mehrerwähnten Satzes zwar nicht als eine Ausnahme, wohl aber als eine Bestätigung der Regel dar. *Troplong* hat den Sinn dieses Landrechtsatzes mit Rücksicht auf seine Entstehung durch folgende Bemerkungen hinreichend aufgeklärt:

La vente contient des obligations *synallagmatiques* et il n'est pas juste que l'un soit tenu de remplir les siennes, tandis que l'autre s'en affranchit.

C'est pourquoi notre article dispense le vendeur de livrer la chose, tant que l'acheteur qui n'a pas terme, ne paie pas le prix.

Cette disposition est empruntée aux lois romaines.

„Offerri pretium, dit Ulpien, venditori ab emptore debet, quum ex empto agitur, et ideo, *etsi pretii partem* offerat, nondum ex empto est actio. Venditor enim *quasi pignus* retinere potest eam rem quam vendidit."

Tertullien a aussi répété dans ses livres chrétiens cette maxime des jurisconsultes, dont la science n'est jamais plus belle que quand elle marche d'accord avec la morale „ineptum est pretium non exhibere, manum ad merces mittere."

Dazu die wichtige Note 1:

„Offrir le prix!! Ceci n'est pas en contradiction avec ce que je dis au Nro. 593, que le vendeur doit offrir la chose. *Ici* Ulpien suppose que *l'acheteur* agit *ex empto*. *Là* nous supposons que c'est le *vendeur* qui agit *ex vendito*. Or, comme le dit Voët (V. loc. cit) c'est au demandeur à satisfaire le *premier* à son obligation.

Nach dieser Note ist es gar keinem Zweifel unterworfen, daß die französische Gesetzgebung mit dem Landrechtsatz 1612 eine Ausnahme nicht beabsichtigt habe. Der Verkäufer, welcher auf Zahlung des Kaufschillings klagt, muß zuerst den Kaufsgegenstand übergeben, versteht sich, wenn die Klage blos die Erfüllung des Vertrags verlangt und nicht duech einen Streit über die Gültigkeit herbeigeführt ist. Die Entscheidungsgründe zu den Urtheilen, welche im Eingange angeführt werden, lauten so:

„Eine Klage auf Gültigkeit eines Vertrags findet nicht statt, wenn nicht zugleich der Vollzug begehrt wird, wer aber den Vollzug begehrt, muß selbst schon seine Leistung erfüllet haben."

Diese Geünde fließen lediglich aus dem einmal angenommenen Hysteron proteron!

Jedes Vertragsverhältniß zerfällt in zwei Abschnitte, den ersten bildet der Abschluß des Vertrags, die Einwilligung in den Vertrag und die Anerkennung, daß ein Vertrag geschlossen sei, (oft Beurkundung); den zweiten Abschnitt bildet die Erfüllung des Vertrags oder der Vollzug. Entsteht über das Dasein des Vertrags ein Streit und in unzertrennlicher Folge somit auch über die Erfüllung, so muß vom Richter durch Urtheil entschieden werden, ob und welcher Vertrag vorliege, und dieses Urtheil spricht dann folgeweise auch die beiderseitigen Verbindlichkeiten, welche und in welcher Art und Weise sie zu erfüllen sind, aus.

Das richterliche Urtheil, welches die Gültigkeit des Vertrags ausspricht, steht der freiwilligen Anerkennung gegenüber und der richterlich anempfohlene Vollzug der freiwilligen Erfüllung, und es wird ein Urtheil über einen Kauf, welches einen bestrittenen Kauf für wirksam erklärt, so zu fassen sein:

„Es sei der zwischen den Parteien abgeschlossene Kauf für gültig und dee Beklagte, Verkäufer, für schuldig zu erklären, gegen Darlegung des vertragsmäßigen Kaufschillings das Grundstück zu übergeben."

Ruft nach eingetretener Rechtskraft und nach Umfluß der 14tägigen Frist der Käufer um Vollstreckung an, so darf der Richter vermöge der Reziprozität der beiderseitigen Verbindlichkeiten diese Vollstreckung nicht nach dem einseitigen Begehren des Käufers verfügen, sondern nach Maßgabe des Urtheils, welches dem Käufer nach Landrechtssatz 1612 auflegt, den Kaufschilling zuerst zu bezahlen, und er hat das Vollstreckungsgesuch als unstatthaft zurückzuweisen, bis der Käufer den Kaufschilling dargelegt oder bezahlt hat.

Hier bewährt sich der zum Nachtheil der Rechtsgleichheit in den obigen Fällen mißbrauchte Rechtssatz, daß, wer die Erfüllung verlangt, zuerst erfüllt haben müsse. In das Gebiet der Vorfrage: existirt ein Vertrag und welcher? greift jener Satz nicht zurück.

Nach der entgegengesetzten Theorie würde der Käufer voraussichtlich um den Kaufschilling betrogen, er müßte darnach zuerst bezahlen, und bevor er die Klage eingereicht und etwa die Ladung erwirkt und bei günstigen Verhältnissen nach §. 275 dee Proceßordnung das Streitobjekt gesichert hätte, könnte der Verkäufer, dem es einmal um redliche Erfüllung nicht zu thun ist, den verkauften Gegenstand an einen Dritten verkaufen.

Freilich, wird man entgegnen, deoht dieselbe Gefahr dem Käufer da, wo der Verkäufer den Vertragsabschluß an und für sich nicht läugnet, dessenungeachtet aber denselben zu erfüllen sich weigert, vorausgesetzt, daß zur Klage auf Vollzug des Vertrags die geschehene Erfüllung auf Seite des Klägers verlangt und nicht das bloße An-

Digitized by Google

bieten (offerre pretium) für zureichend erkannt wird. Dieß ist richtig, beweist aber nicht, daß der Käufer denselben Gefahren sich zu unterwerfen habe, da, wo der Vertragsabschluß selbst geläugnet ist. Die Klage auf bloße Anerkennung einer Verbindlichkeit ist nicht zu verwechseln mit der Klage auf Gültigkeit und Vollzug einer solchen. Jene sucht bloß Beweismittel herbeizuschaffen und findet nicht statt, die zweite Klage dagegen will eine Entscheidung und zugleich den Vollzug; es hat hier der Richter keineswegs über eine bloße Rechtsfrage zu entscheiden, sondern über die thatsächlichen Verhältnisse, welche vereint das Dasein des Vertrags bedingen; so findet denn auch eine Nichtigkeitsklage statt, wenn noch von keinem Theile der Vertrag vollzogen ist, und man müßte auch hier konsequent diese Klage verwerfen, so lange nämlich der eine Theil nicht in den Fall gekommen ist, mit der Nichtigkeitsklage zugleich das Begehren auf Rückerstattung der gegebenen Leistung zu verbinden. Noch ein besonderer Fall läßt sich denken, daß nämlich der Kläger behauptet, der Beklagte läugne den Vertrag, und daß gleichwohl in der Vernehmlassung der Beklagte den Vertragsabschluß zugiebt und seine Nichterfüllung mit dem Verzuge des Klägers rechtfertigt; hier waltet kein Streit mehr ob, nur die Prozeßkosten allein sind noch Gegenstand des Streites; es müßte der Kläger beweisen, daß der Beklagte die Klage durch den Widerspruch veranlaßt habe.

Dieser Uebelstand für den Kläger erregt ein weiteres Bedenken gegen den oft allegirten Satz der strengeren Theorie: daß das bloße Anbieten der Gegenleistung nicht zureiche, um mit Erfolg auf Erfüllung zu klagen, vielmehr der Kläger schon erfüllt, der klagende Käufer den Kaufschilling bezahlt, oder der klagende Verkäufer die Sache schon übergeben haben müsse. Thibaut stimmt für diese strengere Theorie, während Glück und Andere mit Berufung auf viele unzweideutige Gesetzesstellen in den Pandekten nicht die wirkliche Erfüllung, sondern das bloße Anbieten verlangen, und diese weniger scharfe Theorie scheint der Rechtsgleichheit am Meisten zu entsprechen.

Man muß annehmen, daß der Kläger den Vertrag habe erfüllen wollen, weil er Kläger ist, und daß der Beklagte die Erfüllung abgelehnt habe, weil er Beklagter ist, denn die Rechte und Verbindlichkeiten beider Theile entstehen gleichzeitig, sie sind gleichzeitig zu erfüllen und es wäre dem Beklagten nur der Gegenbeweis offen zu lassen, daß er zu erfüllen bereit gewesen sei und der Kläger die Erfüllung verweigert habe. (?)

So viel dürfte über allen Zweifel erhaben sein, daß die Klage auf Gültigkeit eines bestrittenen Vertrags niemals zurückgewiesen werden kann, weil der Kläger den Vertrag seiner Seits noch nicht erfüllt habe, und daß wohl zu unterscheiden sei zwischen dem Fall, wo das Dasein eines Vertrags geläugnet, und zwischen dem Fall, wo das Dasein des Vertrags zugestanden und der Vollzug aus andern Gründen verweigert wird.

Schmidt.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

I. Der §. 9 der Verordnung im Reg.Bl. vom Jahr 1804 Nro. 3, die Nichtigkeit der Liegenschaftskäufe betreffend, welche mit Denjenigen, die ohne obrigkeitliche Erlaubniß auswandern, abgeschlossen werden, ist durch das Landrecht aufgehoben.

II. Der Bürge, welcher nach vorausgegangener Befriedigung des Gläubigers auf den Grund des Landrechtssatzes 1167 eine Anfechtungsklage gegen den Käufer der Liegenschaften des Schuldners erhebt, ist zur Sache legitimirt vom Tag der Entstehung der Schuld, und nicht blos von dem Tage der Befriedigung des Gläubigers an.

III. Die Vorschrift des L.R.S. 1328 ist blos exemplikativ.

IV. Zur Begründung dieser Klage ist neben der Gefährde des veräußernden Schuldners auch Gefährde von Seite des Käufers erforderlich.

V. Der Kläger kann nur bis zum Betrag seiner Forderung die Aufhebung des Vertrags verlangen, und hat dem Beklagten keine Auslagen zu ersetzen.

Urtheil

in S. Abrah. Levi Goldschmidt gegen Nath. Ducas Haas, Umstoßung eines Liegenschaftskaufs betreffend.

Der Bescheid des Oberamts Emmendingen v. 31. Dezember 1841 (der Bescheid hat den ganzen Kauf für nichtig erklärt und noch auf den Grund der Verordnung im Reg.Bl. von 1804, Nro. 3 eine polizeiliche Strafe vorbehalten) sei dahin abzuändern:

Digitized by Google

Würde Beklagter in einer anzuberaumenden Tagfahrt den ihm zugeschobenen Eid dahin ableisten: Es ist nicht wahr, daß Georg Serauer mir vor oder bei dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag vom 17. April 1840 mitgetheilt hat, er sei dem Uhrenmacher Berblinger noch 300 fl. schuldig und wolle sein Vermögen schnell versilbern und mit dem Kaufpreis, ohne seinen Gläubiger Berblinger zu befriedigen, heimlich durchgehen; und es ist nicht wahr, daß ich ihm dazu die Anleitung gegeben oder durch meinen Sohn Liebmann Haas habe geben lassen, —

so sei Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit der erhobenen Klage abzuweisen.

Würde aber der Beklagte diesen Eid nicht ableisten, so sei der Vertrag vom 17. April 1840 insoweit für nichtig zu erklären, als dies zur Befriedigung des Klägers mit der eingeklagten Forderung ad 300 fl. nebst Zins vom 25. Dezember 1839 an nothwendig ist, und habe Beklagter die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Die Klage wird thatsächlich darauf gebaut: Der Beklagte habe durch einen Vertrag vom 17. April 1840 von dem ledigen Georg Serauer sich des Letztern ganzes liegenschaftliches Vermögen nebst einer Forderung von 109 fl., zusammen mindestens 3000 fl. werth, um die Kaufsumme von 800 fl. nebst einem Trinkgeld von 7 Kronenthalern abtreten lassen. Serauer habe sich sogleich nach Einhebung des Kaufpreises heimlich, und zwar dem Vernehmen nach, nach Amerika entfernt, ohne seinen Gläubiger, Uhrenmacher Berblinger, dem er auf Handschrift vom 25. Dezember 1839, 300 fl. verzinslich vom Tag der Ausstellung an, unter seiner, des Klägers Bürgschaft geschuldet, zu bezahlen, vielmehr beabsichtigt, den gedachten Gläubiger dadurch um seine Forderung zu bringen. Deßhalb habe er, Kläger, den Berblinger bezahlen müssen und ihn auch wirklich am 20. April 1840 bezahlt und alsbald gegen den abwesenden Georg Serauer eine Regreßklage erhoben; auf das Anerkenntniß der Schuldurkunde durch den ihm bestellten Pfleger sei sodann Georg Serauer durch rechtskräftig gewordenes Erkenntniß vom 1. Mai 1840 zur Zahlung der von ihm eingeklagten Forderung von 300 fl. nebst Zinsen zu 5 Procent vom 25. Dezember 1839 verurtheilt worden. Da Georg Serauer kein sonstiges Vermögen zurückgelassen habe, der Abtretungsvertrag aber von Demselben und dem Beklagten gemeinschaftlich zu seiner, beziehungsweise seines Rechtsvorfahrers Gefährde abgeschlossen worden sei, so fechte er den Vertrag an, L.R.S. 1167, und bitte, solchen für nichtig und den Beklagten zur Rückgabe der Verkaufsgegenstände an einen für Georg Serauer zu bestellenden Abwesenheitspfleger behufs seiner, des Klägers, Befriedigung für schuldig zu erkennen, eventuell aber den Vertrag wenigstens im Betrag seiner Forderung in solcher Weise aufzuheben.

Am Schlusse der Verhandlungen berief sich Kläger noch auf die höchste Verordnung im Reg.Bl. v. J. 1804 Nr. 3.

Der Unterrichter erkannte zu Gunsten des Klägers, wodurch sich der Beklagte beschwert findet, weil nicht Kläger abgewiesen, oder doch mindestens die Nichtigkeitserklärung des Vertrags nur gegen Ersatz seiner Auslagen ausgesprochen und weil solche nicht auf den Betrag der klägerschen Forderung beschränkt worden ist.

Der Beklagte bestreitet: 1) die Legitimation des Klägers, sodann 2) sowohl die Anwendbarkeit der allegirten Verordnung vom Jahr 1804, als 3) das Dasein einer Gefährde auf seiner, des Beklagten Seite.

Ad 1. Der Kläger ist zur Sache legitimirt, denn es ist durch die Verhandlungen in Sachen des Klägers gegen Georg Serauer wegen Forderung, insbesondere die vom Pfleger des Abwesenden anerkannte Schuldurkunde oder Quittung Berblingers und das darauf ergangene Erkenntniß dargethan, daß Berblinger 300 fl. verzinslich vom 25 Dezember 1839 an Georg Serauer zu fordern hatte, und daß Kläger als Bürge den Ersteren bezahlt hat. Obgleich nun allerdings der Kläger erst nach dem Abschluß des Abtretungsvertrags (17. April 1840) durch die Befriedigung des Gläubigers (am 20. April 1840) Gläubiger des Georg Serauer wurde, so ist sein Forderungsrecht dennoch rechtlich auf den Tag der Ausstellung der Handschrift (25. Dezember 1839) zurückzubeziehen, weil er durch die Zahlung der Schuld in alle Rechte des befriedigten Gläubigers gegen den Schuldner Serauer, folglich auch in das, im L.R.S. 1167 dem Gläubiger verliehene Recht eingetreten ist. L.R.S. 2029.

Zwar will der Beklagte den Schuldschein auf den Grund des L.R.S. 1328 als unbeweisend darstellen, weil solcher erst am 25. April 1840, wo er zu den amtlichen Akten gekommen, ein sicheres Datum gegen ihn als Dritten erhalten habe. Diese Einwendung ist jedoch nicht begrün-

Digitized by Google

det; denn die in dem allegirten Landrechtssaz angeführten Erfordernisse sind blos exemplikativ (Zachariä, Handbuch §. 752), und der Zweck des Gesetzes ist kein anderer, als zur Verhütung des Antedatirens im Allgemeinen die Norm aufzustellen, daß das Datum der Ausstellung einer Urkunde in anderer Weise als durch sich selbst in rechtliche Gewißheit gesetzt werden soll, welche Gewißheit hier durch die produzirten, schon angeführten amtlichen Akten in Sachen des Klägers gegen Georg Serauer wegen Forderung, worin auf vorausgegangene Prüfung die Entstehung des Schuldscheins rechtskräftig auf den 25. Dezember 1839 gesetzt ward, vollkommen hergestellt ist.

Auch die weitere Behauptung des Beklagten, daß jene Verhandlungen nichtig seien, weil nicht nach §. 272 der Proceßordnung gegen Georg Serauer verfahren worden sei, erscheint grundlos, weil die Voraussetzungen des allegirten Paragraphen der Proceßordnung nicht vorhanden sind, Georg Serauer vielmehr nach Allem, was über seine Entfernung erhoben wurde, nur als ein Inländer, dessen Aufenthalt unbekannt ist, betrachtet werden konnte und auch jetzt noch zu betrachten ist, die Aufstellung eines Pflegers und die Verhandlung mit demselben somit als ganz gesetzlich erscheint. §. 274 der Proceßordnung.

Was die Klagbegründung selbst anbelangt, so ist vorerst

ad 2. die vom Unterrichter zur Anwendung gebrachte Verordnung im Regierungsblatt vom Jahr 1804, Nro. 3 in ihren bürgerlichen Folgen durch das Landrecht aufgehoben. Einführungsedict vom 3. Februar 1809 und Landrechtszusatz 6 b, und wäre, auch davon abgesehen, hier deßhalb nicht anwendbar, weil sie das Dasein der Auswanderung voraussetzt, welches aber im vorliegenden Falle nicht nachgewiesen ist; es ist mehr nicht hergestellt, als daß Serauer, dem Gerücht nach, sich nach Amerika begeben habe. S. die Zeugenaussage p. 218 ff. der Akten.

Was aber

ad 3 den Klaggrund der Gefährde anbelangt, so läßt sich zwar nach der Art der Entfernung schon an dem gefährdevollen Handeln des Georg Serauer gegen seinen unbefriedigten Gläubiger Verblinger nicht zweifeln; es muß aber bei belasteten Verträgen auch eine Gefährde auf Seite der Mitcontrahenten vorhanden und erwiesen sein. Zachariä Handb. §. 313 (III. Ausg.) und Analogie des §. 832 der Proceßordnung. Diese ist nun auch vom Kläger behauptet und er hat sich zur Begründung der Behauptung berufen auf den unverhältnißmäßig geringen Kaufpreis, die Eile, womit der Vertrag zu Stand gebracht und vollzogen wurde, die heimliche Entfernung Serauers ꝛc. Aus all' Diesem kann jedoch nur insofern eine Gefährde von Seite des Beklagten abgeleitet werden, als zugleich behauptet wird, daß der Beklagte gewußt habe, daß Serauer Schuldner Verblingers sei und beabsichtige, durch seine Flucht diesem Gläubiger die Mittel der Befriedigung zu entziehen. Aus dem erstgenannten Umstand könnte die Gefährde namentlich deßhalb nicht abgeleitet werden, weil nach den vom Kläger selbst angerufenen Abtheilungsakten von 1832 und 1836 das Vermögen des Georg Serauer damals nur auf 11—1200 fl. angeschlagen wurde, und noch mit der lebenslänglichen Nutznießung seines Vaters und seiner Muhme beschwert ist, welche Last bei der Ungewißheit der Lebensdauer Beider, wenn sie gleich schon in einem vorgerückten Alter stehen (59 und 67 J.), nicht genau geschätzt werden kann. Darum, und weil die schon vor dem Unterrichter vorgeschlagene, von ihm aber nicht erhobene Schätzung des wahren Werths der Kaufobjekte doch das weitere Beweismittel des dem Beklagten zugeschobenen und von diesem angenommenen Haupteides nicht entbehrlich machen würde, dieser dagegen das ganze Klagfundament umfaßt, ward mit Umgehung der Expertise auf den Haupteid erkannt, welcher übrigens gemäß §. 574 der Proceßordnung dem Klaggrunde und der Beweisauflage in der festgesetzten Formel angepaßt werden mußte. Die Nichtigerklärung kann dabei nur soweit vom Kläger verlangt werden, als seine Forderung geht. Arg. §. 87—89 der Proceßordnung. Eine Verbindlichkeit des Klägers zur Erstattung von Auslagen an den Beklagten ist bei der Unterstellung der Gefährde im Gesetze nicht begründet.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung wegen der Kosten wurde wie geschehen abändernd erkannt.

Zentner.

III.

Beitrag zur Beantwortung der Frage: Welche Strafe bei einem dritten Diebstahle zu erkennen sei, der zugleich Gesindediebstahl ist.

I. Die peinliche Gerichtsordnung behandelt den dritten Diebstahl als einen qualificirten. Denn:

1) Artikel 162 erklärt: Derjenige, welcher einen dritten Diebstahl verübt habe, solle einem Vergewaltiger gleich geachtet werden.

Da nach Artikel 159 als Motiv der härtern Bestrafung gefährlicher Diebstähle „die Besorgniß einer Vergewaltigung" angeführt ist, so soll demnach der Urheber eines dritten Diebstahls gleich dem eines gefährlichen Diebstahls so angesehen werden, wie ein Mensch der Gewalt übt, vor dem man seines Leibes und Lebens nicht sicher ist.

2) Eine Gleichstellung Beider tritt auch hinsichtlich der Strafe ein, da sowohl auf den dritten Diebstahl, als auf die gefährlichen Diebstähle nach Artikel 159 und 162 die Todesstrafe angedroht ist, während erste und zweite, große oder kleine, mit keiner Gefährlichkeit verbundenen Diebstähle nur abiträr bestraft werden sollen. Dazu kommt noch

3) daß Artikel 163 besagt:

„Item, wo bei einem Diebstahle mehr denn eine Beschwerung, so in den vorgesetzten (vorausgeschickten) Artikeln unterschiedlich genannt sein, erfunden würde ꝛc."

Dieser Artikel reiht sich unmittelbar an denjenigen an, welcher vom dritten Diebstahle handelt, was voraussetzt, daß auch der dritte als ein „mit Beschwerung" (Uebersetzung des Wortes Qualification) verübter Diebstahl angesehen werden wollte. Denn sofern Artikel 163 nur auf die gefährlichen Diebstähle sich hätte beziehen sollen, so würde derselbe schon mit Artikel 159, welcher von letztern handelt, verbunden worden oder demselben unmittelbar nachgefolgt sein müssen.

II. Dieses war auch die zur Zeit der Verkündung des Strafedikts herrschende Theorie. Das Edikt ist vom 4. April 1803 datirt. Schon am 26. Februar 1803 aber erschien die zweite Auflage des v. Feuerbach'schen Lehrbuchs des Criminalrechts, welches damals, wie bekannt, des größten wissenschaftlichen Rufes genoß und solches auch wohl verdiente. Feuerbach zählt nach §. 324 den dritten Diebstahl ausdrücklich unter die qualificirten.

III. Daß das Strafedict in dieser Beziehung sowohl der ältern, durch es im Wesentlichen nur hinsichtlich der Strafarten und des Strafmaßes modificirten Gesetzgebung, als den wissenschaftlichen Ansichten der damaligen Zeit sich anschließen wollte, ergibt sich aus Folgendem:

1) Es bezeichnet in §. 73 einen gemeinen Diebstahl als eine That, bei der keine sonstigen erschwerenden Umstände hinzukommen, welche sie höher qualificiren.

2) Es hat zwar sowohl bei gefährlichen, als bei dritten Diebstählen die Todesstrafe abgeschafft, aber bei allen diesen Diebstählen eine festbestimmte Strafe und zwar eine peinliche angedroht, welche nur nach Maßgabe des zugefügten Schadens, nach gewissen, ebenfalls festen Regeln, noch geschärft werden kann.

Dabei wurde nun hinsichtlich des Strafmaßes die Parallelle, welche schon die Carolina zog, beibehalten. Denn es drohte das Edict für den dritten Diebstahl diejenige Strafe an, welche es für eine Gattung gefährlicher Diebstähle dictirte, und zwar sogar die Strafe des am härtesten Bedrohten der gefährlichen Diebstähle — des Diebstahls mit Waffen; woraus klar erhellt, daß beide hinsichtlich der Frage der Qualification rechtlich gleichgestellt bleiben sollten, wie dieses früher der Fall war.

IV. Wenn das Edict nach Feststellung dieser Grundzüge erklärt: (§§. 83. 86) daß Diebstähle des Gesindes zum Nachtheil seiner Herrschaft um ein Viertheil höher bestraft werden sollten, als gemeine Diebstähle von gleichem Belang, so ergibt sich nach dem zuvor Bemerkten von selbst, daß der schärfende Strafzusatz nicht von der Strafe gemacht werden kann, welche wegen der Qualification der That, als dritter Diebstahl zu erkennen ist, weil eben diese Strafe nicht die eines „gemeinen" Diebstahls ist. Der in der angeführten Gesetzesstelle gebrauchte Ausdruck „Belang" steht nicht im Wege, denn dieser ist mit dem Worte „Betreff" gleichbedeutend, und bezieht sich lediglich auf das Objekt des Diebstahls.

V. Wollte man unserm Strafedict eine andere Auslegung geben und demnach es für zuläßig halten, daß von der auf den dritten Diebstahl gesetzten zweijährigen Zuchthausstrafe alsdann noch ein Viertheil mit sechs Monaten Zuchthaus hinzugefügt werde, wenn der Thäter ein Dienstbote und der Bestohlene dessen Dienstherr war, so würde man zu Resultaten gelangen, deren Herbeiführung kein Gesetzgeber der Welt je in den Sinn gekommen sein kann.

Setzen wir zum Beispiel den Fall, ein Knecht habe an seinem Dienstherrn einen Diebstahl mit Waffen verübt. Hiefür müßte gegen jenen eine Strafe von zwei Jahren Zuchthaus erkannt werden; der Strafzusatz von sechs Monaten wegen der Dienstbotenqualität des Thäters käme nicht hinzu, weil ein gefährlicher Diebstahl unbestrittener Maßen kein gemeiner ist, die §§. 83 und 86 des Strafediets also keine Anwendung fänden. Hätte aber ein Dienstmädchen, welches früher schon zwei Mal anderwärts unbedeutende Dinge entwendet hatte und deßhalb zur Untersuchung gezogen worden war, nachher eine günstige Gelegenheit benützt, ihrer Dienstherrschaft etwas gerade im Wege Liegendes, ohne sonstige Erschwerung hinwegzunehmen, so müßte diese Ineulpatin nach obiger Theorie mit zwei Jahren und sechs Monaten Zuchthaus bestraft werden.

Es würde also die bedeutende Präeditation eines Verbrechens, welche doch offenbar in der Mitnahme von

Waffen zu allenfallsigem Gebrauche im Falle der Störung bei Verübung des Diebstahls, beruht, vom Gesetze um ein Fünftel milder angesehen sein, als die zwei Mal wiederholte Benützung zufälliger Gelegenheiten.

Noch greller stellt sich die Sache dar, wenn man annimmt, der Knecht habe bei ein und derselben That des Einsteigens, des Einbrechens und der Mitnahme von Waffen sich schuldig gemacht. Hier könnte der Thäter, bezüglich auf §. 73 der Erläuterungen zum Strafedict ebenfalls nur mit zwei Jahren Zuchthaus bestraft werden. Dieses Uebermaß von Verwegenheit, aus welchem das Gesetz selbst persönliche Gefahr für den Damnificaten, im Falle des Zusammentreffens mit dem Diebe, nach den klaren Worten des §. 74 unseres Strafedictes ebenso präsumirt, wie es in der peinlichen Gerichtsordnung geschieht, wäre bei Annahme obiger Theorie ebenfalls nur gelinder zu ahnden, als der zuvor erwähnte dritte Diebstahlsfall, während doch im Allgemeinen dritter Diebstahl und gefährlicher Diebstahl in der peinlichen Gerichtsordnung völlig gleichgellt sind, in unserer Gesetzgebung dritter Diebstahl und eine Gattung der gefährlichen Diebstähle mit gleicher Strafe bedroht wurden und kein vernünftiger Grund sich denken ließe, warum der in der Dienstbotenqualität des Thäters beruhende gesetzliche Strafschärfungsgrund nur beim dritten, nicht aber beim gefährlichen Diebstahl in gleicher Weise bei der Strafausmittelung in Betracht gezogen werden sollte, wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könnte, daß ein Viertheil der Strafe des dritten Diebstahls bei diesem zuzusetzen wäre.

VI. So wie nach den Sätzen I—IV die zuletzt erwähnte Gesetzesauslegung rechtlich als unrichtig erscheinen dürfte, so muß man bezüglich auf das unter V Bemerkte sie moralisch für unmöglich halten.

Kirn.

III.

Haas gegen Schlenker.

Forderung von 400 fl. nebst Zins, nun Eidesableistung betreffend.

Durch bestätigendes hofgerichtliches Erkenntniß ward auf den zu Gunsten des Klägers ausgefallenen Aechtheitsbeweis demselben der Erfüllungseid auferlegt. Als es zur Ausschwörung kommen sollte, stellte der Beklagte das Begehren, daß dem Kl. der feierliche Judeneid abgenommen werden sollte, welches Begehren der Unterrichter ohne Verhandlung verwarf, weil er den Fall nicht für wichtig genug hielt. Der Beklagte führte dagegen die Appellation aus und machte die Schrift zugleich eventuell als Beschwerdeführung geltend. Auf die in §. 1214 der Proceßordnung bezeichnete Verhandlung ward I. die Appellation für unstatthaft erkannt, und II. die Beschwerdeführung verworfen, beides aus folgenden Gründen:

ad 1. „In Erwägung, daß die Verfügung des Unterrichters vom 3. October d. J., wodurch das Begehren des Beklagten dem Kl. den von ihm abzuleistenden Haupteid feierlich vor aufgerollter Thora abzunehmen, für unstatthaft erkannt wurde, keine Entscheidung im Sinne des §. 1172 der Proceßordnung ist, indem dadurch keiner Partei etwas ab- oder zuerkannt wird, daß solche vielmehr als eine Verfügung im Sinne des Art. 3 der Novelle vom 3. August 1837 zur Prozeßordnung erscheint, da der Fall, wenn gegen einen richterlichen Akt, wie hier die Eidesabnahme, keine Appellation statt findet, mit dem Falle gleichsteht, wenn der drohende Nachtheil bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte, wird erkannt ꝛc."

ad 2. (Beschwerdeführung) „Wird — in Betracht, daß zwar an sich die Beschwerdeführung das Platz greifende Rechtsmittel gegen den Bescheid vom 3. August d. J. ist, Prozeßnovelle Art. 3. daß aber der Antrag des Beklagten, daß dem Kl. der Eid vor aufgerollter Thora mit allen Feierlichkeiten abgenommen werden soll, von dem Bekagten nicht mehr gestellt werden konnte, nachdem er weder früher in den Verhandlungen über die Sache selbst vor dem Unterrichter diesen feierlichen Eid verlangt, noch gegen den blos allgemein auf den Eid erkennenden unterrichterlichen Bescheid eine Beschwerde mit dem Begehren des feierlichen Eides aufgestellt und somit jenes auf den einfachen Eid lautende Erkenntniß in Rechtskraft hat übergehen lassen, und daß sonach auch die Zurückweisung des Antrags für den Bellagten nicht beschwerend ist, wird" ꝛc.

Bemerkung. Bei der Entscheidung über die Beschwerdeführung waren die Ansichten getheilt, indem eine abweichende Meinung den von der Majorität adoptirten Grund des Verzichts nicht annahm, vielmehr glaubte, daß, weil vor dem Urtheil die Art der Eidesableistung noch gar kein Gegenstand des Streits war, und kein Gesetz vorschreibe, daß die feierliche Ableistung des Eids vor der Entscheidung der Hauptsache bei Verlust des Rechts hierauf verlangt werden müsse (Reg.Bl. v. J. 1809 Nr. VI. §. 27), dem gestellten Begehren im vorliegenden Fall, welcher wichtig genug zum feierlichen Eide sei, hätte statt gegebeu werden sollen. Bei der Zweifelhaftigkeit der Frage ist es den Parteien jedenfalls zu rathen, im vorkommenden Falle sich nach der von der Majorität ausgesprochenen Ansicht zu richten. *) Zentner.

*) Es wäre allerdings zu beklagen, wenn man nach erledigtem Hauptproceß, worin auf Eid erkannt ist, jeweils dann wieder ein nochmaliges Verfahren über die Form der Eidesleistung haben sollte. Das Urtheil auf den Eid soll, wenn es an einem nach den allgemeinen Vorschriften zu leistenden Eid nicht genügt, sondern ausnahmsweise etwas weiteres gefordert und vom Richter nöthig erachtet wird, dies ausdrücken.

Der den Eid zuschiebende Theil hat, wenn er eine andere als die gemeine Form der Eidesleistung nöthig hält, dieselbe bei der Eideszuschiebung in Antrag zu bringen. Thut er dies nicht, so kann er sich auch nicht beschweren, wenn das Urtheil auf einen einfachen (in gemeiner Form zu schwörenden) Eid erkennt. Hat er aber auf einen Eid auf die Thora angetragen, und das Urtheil doch nur auf einen gewöhnlichen Eid erkannt, so mag er, im Falle einer von ihm ergriffenen Appellation, die Beschwerde auch gegen die Form der Eidesleistung richten. Das Endurtheil muß über alle Streitpunkte, entscheiden, und nur auf die angegebene Weise wird der Streit in einem Verfahren definitv erledigt. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 50. Karlsruhe den 10. Dezember 1842.

I.

Reklamationen der ehemals Reichsunmittelbaren gegen die Gesetze vom 28. Dezember 1831, beziehungsweise ihre Entschädigungsforderung gegen den großherzoglichen Fiskus betreffend.

Bekanntlich sind einige Standesherren, so wie die zur vormaligen Reichsritterschaft gehörigen Grundherrn im Großherzogthum mit den Gesetzen vom 28. Dezember 1831 über Aufhebung der Herrenfrohnden und des Blutzehnten nicht zufrieden. Sie behaupten, daß ihnen nach den Verträgen, die sie über ihre staatsrechtlichen Verhältnisse mit der Staatsregierung abgeschlossen haben, und welche die Letztere in der Form von Declarationen verkündet hat, für Blutzehnten und Herrenfrohnden eine höhere Entschädigung gebühre als jene, welche die Gesetze von 1831 bewilligen. Unsere Gerichte haben nunmehr in Folge vorliegender Bundesbeschlüsse zu erkennen, ob diese Behauptung gegründet sei und welche Entschädigung den Herren Reclamanten gebühre. Die Rechtsstreite, um welche es sich hiernach handelt, sind für die Herren Reclamanten wie für den Staat um der beträchtlichen Summe halber wichtig, die dabei möglicher Weise in Frage kömmt. Sie haben aber auch ein allgemeineres Interesse für Rechtsgelehrte und Oeconomen um der Rechts- und wirthschaftlichen Gesichtspunkte willen, die hier in Betracht kommen. Kürzlich nun ist einer der Rechtsstreite — der des Herrn Grafen von Leiningen-Billigheim gegen den großherzoglichen Fiskus wegen der Blutzehntentschädigung — vom großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreises in erster Instanz entschieden worden. Wir wollen das hofgerichtliche Erkenntniß sammt Entscheidungsgründen mittheilen und einige bescheidene Glossen beifügen.

Ueber die Natur des Gefälls, das hier in Frage ist, etwas zum näheren Verständnisse vorauszuschicken, wäre überflüssig. Es ist ja mehr als bekannt, daß der Blutzehnte, der mit großer Beschwerde in den Ställen und Geflügelhöfen der Pflichtigen aufgesucht, und in einer Reihe der kleinsten Beträge erhoben werden mußte, zu den gehässigsten und am wenigsten werthvollen Gefällen gehörte. Darum hat auch der Staat seine Blutzehntgefälle schon in den Jahren 1820 im Fünfzehnfachen des Reinertrags abkaufen lassen, und kirchliche Stiftungen und Pfarreien sind dem von ihm gegebenen Beispiele nachgefolgt, wo immer die Pflichtigen die Ablösung im bezeichneten Betrage vornehmen wollten. Gleichwohl blieben, wo dritte Blutzehntberechtigte waren, oder die Pflichtigen das Ablösungskapital zu hoch fanden, noch manche Blutzehnten bestehen.

Das Gesetz vom 28. Dezember 1831 (Regierungsblatt 1832. S. 14) hob sie nun aber alle auf, und gewährte dem Berechtigten eine Entschädigung im Fünfzehnfachen des Reinertrags, zur Hälfte aus der Staatskasse, zur Hälfte von der pflichtigen Gemeinde. So viel erhielt mithin auch der Herr Graf von Leiningen-Billigheim. Er verlangt jedoch jetzt mehr und das großherzogliche Hofgericht hält sein Verlangen für begründet.

Das Erkenntniß dieses Gerichtshofs lautet, wie folgt:

„In Sachen des großherzoglich Badischen Standesherrn Grafen Carl von Leiningen-Billigheim, zu Billigheim, Klägers, gegen den großherzoglichen Civilfiskus, Beklagten, Entschädigung wegen aufgehobenen Blutzehntens betreffend, wird auf gesetzlich gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt:

Digitized by Google

daß der beklagte großherzogliche Fiskus schuldig sei, auſſer den für die Gemeinden Auerbach, Sulzbach, Allfeld, Waldmühlbach, Bärenbronn und Billigheim bereits bezahlten Blutzehntablösungsbeträgen noch weiter von den in den Ablösungsverträgen und in dem rücksichtlich der Gemeinde Billigheim ergangenen Urtheile angenommenen jährlichen reinen Erträgnissen, das Zehnfache dieses jährlichen Erträgnisses im Gesammtbetrage mit 749 fl., und zwar mit Zinsen à 4 % vom 1. Januar 1832 an, binnen vier Wochen, bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung, zu bezahlen."

Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„Nach Ansicht des Zwischenbescheides vom 8. November 1841 und der dazu gehörigen Entscheidungsgründe;

„In Erwägung, daß auf die von klägerischer Seite erfolgte Beweisantretung der beklagte Theil alle zum Beweise ausgesetzten Thatsachen als wahr zugab, der Herr Kläger demnach bewiesen hat, was ihm zu beweisen auferlegt war;

„In Erwägung zwar, daß der Beklagte von dem Rechte des §. 405 der Proceßordnung Gebrauch machend, die Erheblichkeit der auferlegten Beweise anfocht, und zu zeigen suchte, daß die Klage nicht begründet und durch Einreden elidirt sei;

„In Erwägung jedoch, daß alles das hierwegen Vorgetragene schon in den früheren hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ausführlich widerlegt ist;

„In Erwägung, daß das wiederholte Beziehen auf die Ablösungsgesetze vom Jahr 1820, welche hier Anwendung finden müßten, in vielfacher Hinsicht unstatthaft erscheint;

„In Erwägung nämlich, daß gerade auf diese Ablösungsgesetze von 1820 die Declaration von 1826 folgte, und in dieser eine volle Entschädigung zugesichert ward, während die Gesetze von 1820 einen weit geringeren Ablösungsfuß aufstellen;

„In fernerer Erwägung, daß die Ablösungsgesetze von 1820 die Ablösung in die Willkühr der Parteien stellen, während das Gesetz über die Ablösung des Blutzehnten von 1831 diesen ein für allemal aufhebt, das Recht des Blutzehnten also gleichsam expropriirt ist, wofür die Declaration eine volle Entschädigung verheißt;

„In Erwägung ferner, daß, wenn in den früheren Entscheidungsgründen behauptet wird, daß die Ablösungsgesetze von 1820 nicht zum Vollzug kamen, diese Behauptung dahin verstanden werden muß, daß diese Gesetze nur auf die Fälle Anwendung fanden, in welchen die Parteien freiwillig sich darnach richteten, daß sie aber namentlich unter den bei dem Bundestag sich beschwerenden Grund- und Standesherrn, und insbesondere auch von Seiten des Herrn Klägers nicht zum Vollzug kamen, indem keine Ablösung durch Vertrag zu Stande kam, und auch deßhalb nicht zur Anwendung kommen können, weil sie der Declaration von 1826 entgegenstehen und von Ablösung sprechen, während es sich jetzt um Entschädigung wegen Aufhebung des Blutzehnten handelt;

„In Erwägung endlich, daß, wenn der hohe Bundestag das Ablösungsgesetz von 1831, weil es eine zu niedrige Entschädigung gewähre, für den Herrn Kläger nicht für anwendbar hält, sondern eine der Declaration von 1826 entsprechende volle Entschädigung zuerkannt haben will, die Ablösungsgesetze von 1820 noch weniger an die Stelle des Ablösungsgesetzes von 1831 treten können, weil jene die Entschädigung noch geringer stellen als dieses (?);

„Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der Proceßordnung rücksichtlich der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt."

Die volle Entschädigung für ein Blutzehntgefäll soll also im Fünfundzwanzigfachen seines Reinertrags bestehen.

Wir bekennen, daß es uns bei aller Verehrung, die wir dem großherzoglichen Hofgerichte aufrichtig widmen, unmöglich falle, diese Werthsbestimmung an und für sich, nochmehr aber, sie im Angesichte der irgend hieher bezüglichen Gesetze des Großherzogthums für richtig zu halten. Wir haben nie bezweifelt und bezweifeln noch nicht, daß der Blutzehnte ganz entschieden weniger Werth habe als die schlechteste Gült, weit weniger Werth als Leibeigenschaftsgefälle, als steuerähnliche und andere alte Abgaben. Gewiß wird unsere Ansicht theilen, wer nur immer den Werth dieser verschiedenen Gefälle zu würdigen weiß. Nun ist es aber allbekannt, daß die beste Gült nach dem Gesetze vom 5. Oktober 1820 (Regierungsblatt 1820. Seite 109) vom Gültpflichtigen auch

gegen den Willen des Gültberechtigten jederzeit im Achtzehnfachen ihres Jahresbetrags abgekauft werden konnte und kann. Nun ist es weiter allbekannt, daß nach den Gesetzen vom 14. Mai 1825 und 1828 die Bezieher von Leibeigenschaftsabgaben, von steuerähnlichen und andern alten Abgaben, von Abgaben aus der Forst- und Jagdhoheit und von Bürgerannahmstaxen für die Aufhebung dieser Abgaben im zwanzigfachen Betrage entschädigt wurden. Nun ist es endlich allbekannt, daß diese Entschädigungen von den Berechtigten jederzeit für angemessene Entschädigungen, also für volle Entschädigungen anerkannt wurden. Wie ist es — dürfen wir darum billig fragen — unter diesen Umständen möglich, daß für das notorisch werthlosere Gefäll des Blutzehnten mehr, statt weniger, als das Achtzehn-, resp. Zwanzigfache, als Entschädigung dem Herrn Kläger zuerkannt werden konnte? Wie ist es möglich, daß man für ein Gefäll, das pfennig- und kreuzersweise zu erheben war, nur das Fünfundzwanzigfache für eine volle Entschädigung ansehen konnte, während selbst bei einer Gült von hundert Maltern, die man dem Berechtigten auf den Speicher liefern muß, der Abkauf im achtzehnfachen Betrag allgemein für angemessen gehalten wird?

Doch prüfen wir die Motive des Erkenntnisses.

Nach Inhalt desselben ist der Gerichtshof bei seiner Entscheidung von der Ansicht ausgegangen:

1) Der Herr Kläger sei in Folge des §. 50 der seine staatsrechtlichen Verhältnisse feststellenden Declaration vom 2. März 1826 (Regierungsblatt 1826, S. 39) berechtigt, für seine durch das Gesetz von 1831 verlorenen Blutzehntgefälle eine volle Entschädigung in Anspruch zu nehmen;

2) Die Ausmittelung, worin eine volle Entschädigung bestehe, könne nicht nach dem Gesetze von 1831 geschehen, gegen welches ja eben reclamirt werde, man müsse sich daher nach anderen Anhaltspunkten und Entscheidungsnormen in der bestehenden Landesgesetzgebung umsehen;

3) Diese Anhaltspunkte und Entscheidungsnormen finde man in den landrechtlichen Bestimmungen über den Abkauf der Gülten und Grundpflichten im Fünfundzwanzigfachen Betrage des Durchschnittertrags;

4) Es bestehe zwar ein jüngeres Gesetz, das Gültablösungsgesetz vom 5. Oktober 1820, welches einen geringeren Abkaufsfuß, nämlich höchstens den des achtzehnfachen Betrags, feststelle. Dieses könne aber um deßhalb hier nicht berücksichtigt werden:

a) weil gerade auf dieses Gesetz die Declaration von 1826 gefolgt sei, und diese eine volle Entschädigung zusichere, während jenes Gesetz einen weit geringeren Ablösungsfuß feststelle;

b) weil das Gesetz von 1820 die Ablösung in die Willkühr der Parteien stelle, hier aber von der Aufhebung des Blutzehnten die Rede sei;

c) weil das Gesetz von 1820 nur da zur Anwendung gekommen sei, wo die Parteien sich freiwillig darnach richteten, was bei den reclamirenden Standes- und Grundherren, und insbesondere bei dem Herrn Kläger nicht der Fall gewesen sei, und schon um deßhalb nicht der Fall habe sein können, weil das Gesetz von 1820 der Declaration von 1826 entgegenstehe;

d) weil der Bundestag das Gesetz von 1831, weil es eine zu niedrige Entschädigung gewähre, für den Herrn Kläger nicht für anwendbar halte, sondern eine der Declaration von 1826 entsprechende Entschädigung zuerkannt haben wolle, der Ablösungsfuß von 1820 aber noch geringer sei als die Entschädigung, welche das Gesetz von 1831 feststelle.

5) So bleibe denn in der That nichts übrig, als die landesherrlichen Bestimmungen über den Abkauf der Gülten im fünfundzwanzigfachen Betrage zur Norm zu nehmen, also auch für das Blutzehntgefäll das Fünfundzwanzigfache als volle Entschädigung zu erklären.

Gegen die Sätze unter 1 und 2 haben wir nun, insofern die §. 50 der Declaration enthaltene Zusicherung überhaupt auf rein privatrechtliche Gefälle, wie der Blutzehnte, sollte bezogen werden können, nichts zu erinnern; desto mehr aber gegen jene unter 3, 4 und 5.

Die gesetzliche Norm, der Anhaltspunkt für die Bemessung der Größe der vollen Entschädigung, will in den landrechtlichen Bestimmungen über den Gültabkauf gefunden werden.

Ist dabei wohl auch beachtet worden, daß die Verfassungsurkunde, welche jedes Eigenthum — das der Gültberechtigten nicht ausgenommen — unter den Schutz der Verfassung stellt, erst von der künftigen Regulirung eines angemessenen Abkauffußes spricht, mithin den des Landrechts als nicht angemessen, als zu hoch bezeichnet?

Ist auch beachtet worden, daß zur Erfüllung der Zu-

sage der Verfassungsurkunde das Gültablösungsgesetz von 1820 gegeben ward?

Ist beachtet worden, daß damit der landrechtliche Abkaufsfuß nicht blos gesetzlich aufgehoben, sondern auch durch die gewichtigste Autorität als unpassend verworfen wurde?

Das Gesetz von 1820, das an seine Stelle trat, soll freilich, wie im Satz 4, lit. a—d ausgeführt ist, keine Rücksicht verdienen. Dagegen ist aber doch zu bemerken:

Zu a. Wenn gleich die Declaration von 1826 der Zeit nach auf das Gültablösungsgesetz von 1820 gefolgt ist, so verdankt dieselbe ihr Dasein doch keineswegs diesem Gesetze, d. h. sie ist weder aus Veranlassung desselben, noch zum Schutze dagegen ergangen.

Niemals und zu keiner Zeit, weder vor noch nach den Declarationen, haben Berechtigte gegen die Gült- und Frohndablösungsgesetze von 1820, namentlich gegen das Gültablösungsgesetz, Beschwerde erhoben; vielmehr haben alle Berechtigten ohne Ausnahme stets und zu allen Zeiten anerkannt, daß diese Gesetze eine vollständige Entschädigung gewähren.

So hat, so viel bekannt, der vormalige Reichsadel in seiner gegen die Gesetze von 1831 bei der Bundesversammlung eingereichten Beschwerdeschrift vom 21. Mai 1832, von welcher der verehrliche Gerichtshof wohl längst actenmäßige und offizielle Kenntniß haben dürfte, der großherzoglichen Regierung gegenüber ganz ausdrücklich anerkannt, daß das durch die Gesetze von 1820 festgestellte Maaß der Entschädigung, das ihm gebührende und dem Landrecht entsprechende sei. Ebenso hat der Herr Graf von Leiningen-Billigheim in seiner aus dem gleichen Grunde bei der Bundesversammlung eingereichten Beschwerdevorstellung vom 22. Mai 1832 wörtlich erklärt:

„Der erste Schritt zur Verletzung der mir garantirten Rechte ist, durch die im Großherzogthum Baden erlassenen Gesetze von 1831 wegen Abschaffung der Herrenfrohnden, des Blutzehnten und des Neubruchzehnten, so wie durch einige Bestimmungen der neuen Gemeindeordnung und des Bürgerannahmgesetzes geschehen."

Hiernach möchte die Behauptung, das Gültablösungsgesetz von 1820 gewähre eine weit geringere als die volle Entschädigung, schon nach den eigenen Erklärungen der Berechtigten eine irrige sein. Einen weiteren Beleg hiefür liefern aber auch ausserdem die Verhandlungen der ersten Kammer der Stände über die Gesetze von 1820 und 1831. Wäre dem aber auch nicht so, so könnte man wohl billig fragen, welches sachkundige Gutachten von Staatswirthen den Gerichtshof in den Stand gesetzt habe, jene Entschädigung für eine viel zu geringe zu erklären, welche die Gesetzgebung von 1820, im Angesichte des §. 11 der Verfassungsurkunde, der einen angemessenen Gültablaufsfuß reguliert wissen will, und im Angesichte des §. 13 eben dieser Verfassungsurkunde, der auch das Eigenthum der Gültberechtigten unter den Schutz der Verfassung stellt, — nach reiflichster Erwägung und in bester Ueberzeugung für eine volle ansah?

Wir kennen dieses sachkundige Gutachten nicht, seine Gründe sind aus den hofgerichtlichen Motiven nicht zu entnehmen.

Zu b. Das Gültablösungsgesetz von 1820 hat allerdings die Ablösung nicht schlechthin, sondern nur auf den Fall befohlen, als solche im Willen des einen oder des anderen Betheiligten liegt. Die Ablösung muß also stattfinden, nicht nur wenn es beide Betheiligte wollen, sondern auch auf das Verlangen des Berechtigten, wenn es der Pflichtige nicht will, und auf das Verlangen des Pflichtigen, wenn es der Berechtigte nicht will. Eine Ablösung, die der Pflichtige jederzeit auch gegen den Willen des Berechtigten fordern kann, ist in Rücksicht auf diesen doch wahrlich nicht besser als eine Aufhebung, die das Gesetz fordert. Jene Ablösung ist von dieser Aufhebung nicht der Sache, nur den Worten nach verschieden. Nicht wohl zu erklären scheint es darum, wie dieser höchst aufserwesentliche Unterschied eine Rücksichtsnahme auf das Gesetz von 1820 hindern könne.

Zu c. Daß die stattgehabte oder unterbliebene Anwendung eines Gesetzes für dessen Fortbestand und rechtliche Wirksamkeit ohne allen Einfluß sei, wird sich nicht leicht verkennen lassen. Daß ferner das Großherzogliche Hofgericht von der angeblichen Thatsache der unterbliebenen Anwendung des Gesetzes von 1820 schon um deßhalb, weil an den Gerichtshof nur streitige Rechtsverhältnisse und auch diese nur aus einem Theile des Landes gelangen, eine officielle Kenntniß nicht wohl haben könne, wird sich mit gutem Grunde behaupten lassen.

Digitized by Google

Allein auch abgesehen von diesen Betrachtungen ist die Unterstellung, das Gesetz von 1820 sei bei den reclamirenden Standes- und Grundherren nie zur Anwendung gekommen, in der Wirklichkeit nicht gegründet.

Sowohl die Standesherren als der vormalige Reichsadel haben sich diesem Gesetze vor wie nach den ergangenen Declarationen überall willig unterworfen, wo die Pflichtigen die Ablösung verlangten. Wenn heute noch manche Gült besteht, so besteht sie lediglich nur darum noch, weil die Pflichtigen den Abkaufsfuß, wie er im Falle der Kündigung von ihrer Seite bestimmt ist, zu hoch gefunden, und weil die Berechtigten ihres Orts eine Kündigung in Betracht des alsdann eintretenden geringeren Abkaufspreises unterlassen haben.

Die Declaration von 1826 hat insbesondere der Gesetzesanwendung von 1820 bezüglich des Herrn Klägers nie entgegengestanden. Dieselbe giebt §. 50 nur eine Garantie gegen künftige legislatorische Anordnungen, nur die Zusicherung, daß in Zukunft keine Abgaben, Gefälle oder nutzbare Rechte ohne volle Entschädigung aus der Staatskasse aufgehoben werden sollen; sie kann somit überall nicht auf Gesetze bezogen werden, welche, wie das Gültablösungsgesetz, zur Zeit der Declaration bereits erlassen waren und in anerkannter Kraft bestanden.

An der damals bestandenen Gesetzgebung sollte und konnte durch die Declaration nichts geändert werden. Schon der §. 65 der Verfassungsurkunde, wornach bestehende Gesetze nur mit Zustimmung der absoluten Mehrheit einer jeden der beiden Kammern abgeändert oder aufgehoben werden können, würde einer solchen, wiewohl niemals obgewalteten, Intention der contrahirenden Theile entgegengestanden haben, daher denn auch das Gesetz von 1820, als das zur Zeit der Declaration allein in Kraft bestandene Gültablösungsgesetz, bei Ausmittelung des Maßes der klägerischen Entschädigung als analoge Entscheidungsnorm fortwährend anwendbar und vorzugsweise maßgebend erscheint, sofern anders die Ansicht, daß die durch das Gesetz von 1831 festgestellte Entschädigung keine volle sei, eine richterliche Sanction finden sollte.

Zu d. Daß die durch das Gesetz von 1820 festgestellte Entschädigung zu niedrig sei, hat der Bundestag keineswegs ausgesprochen. Er konnte sich auch darüber gar nicht aussprechen, da er keine richterlichen Funktionen auszuüben hat (Artikel 63 der Wiener Schlußakte). Derselbe hat sich lediglich darauf beschränkt, das besagte Gesetz dem Herrn Kläger gegenüber in Bezug auf das Maaß seiner Entschädigungs-Ansprüche einstweilen für unwirksam zu erklären; er hat im Uebrigen dem H. Kläger und der Großherzoglichen Regierung überlassen, den über die Anwendbarkeit der Declaration in dieser Beziehung obschwebenden Streit und insbesondere jenen über die Größe der Entschädigung bei der competenten Gerichtsbehörde zur Entscheidung zu bringen.

Der bezügliche, in Folge der Anordnung des Großherzoglichen Staatsministeriums dem Großherzoglichen Hofgericht am Unterrhein zu seiner Nachachtung und Competenzbegründung eröffnete Bundesbeschluß vom 16. Juni 1836 lautet wörtlich also:

„Daß die Bundesversammlung in Anerkennung der dem Reclamanten gebührenden vollen Entschädigung aus der Staatskasse wegen der durch die Gesetze vom 28. December 1831 über Aufhebung der Herrenfrohnden, des Blutzehnten und des Neubruchzehnten demselben entzogenen nutzbaren Rechte und Gefälle ihm (dem Reclamanten) überlasse, auf den Grund dieses bundesgesetzmäßigen Ausspruches zur Geltendmachung seiner diesfallsigen Forderung den Rechtsweg bei den competenten Landesgerichten zu betreten, welche von der Großherzoglichen Regierung anzuweisen sind, über die Frage:

ob dem Reclamanten in Folge des §. 50 der Declaration vom 2. März 1826 rücksichtlich der Aufhebung des Novalzehnten wegen des Verlustes seines eventuellen Erhebungsanspruches in künftigen Fällen irgend eine und welche, —

sodann wegen Aufhebung des Blutzehnten und der Herrenfrohnden eine größere Entschädigung, als in den hierüber ergangenen Gesetzen zugesichert ist, gebühre, ohne Rücksicht auf Letztere, blos auf den Grund des §. 50 der Declaration vom 2. März 1826 das richterliche Erkenntniß zu fällen."

Hiernach erscheint also die Unterstellung, der Bundestag halte die durch das Gesetz von 1831 regulirte Entschädigung für eine zu niedrige, als offenbar unrichtig. Wie wäre auch die Bundesversammlung in ihrer Stellung überhaupt nur im Stande gewesen, ohne vorher einge-

holtes Gutachten von Sachverständigen über das dem Herrn Kläger gebührende Maaß der Entschädigung ein Urtheil zu fällen? —

Gerade die Frage, ob dem Herrn Reclamanten in Folge des §. 50 der Declaration eine größere Entschädigung aus der Staatskasse gebühre, als das Gesetz von 1831 zusichert, ist nach der Bestimmung des vorangeführten Bundesbeschlusses der Entscheidung der Gerichte überwiesen, dieselben haben hierüber, ohne Rücksicht auf das Gesetz von 1831, blos auf den Grund des §. 50 der Declaration rechtliches Erkenntniß zu fällen. —

Wie endlich der durch das Ablösungsgesetz von 1820 im achzehnfachen Betrag festgestellte Abkaufspreis für geringer angesehen werden konnte, als die durch das Gesetz von 1831 im fünfzehnfachen Betrage regulirte Entschädigung, — können wir uns nicht erklären. Die Gründe, welche zu dieser Ansicht bestimmt haben mögen, kennen zu lernen, wäre von Interesse! —

Wir beschränken uns auf diese wenigen Bemerkungen. Sie zeigen — so glauben wir wenigstens — zur Genüge, daß das Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts sammt seinen Entscheidungsgründen den erheblichsten Erinnerungen unterliegt. Sie zeigen, daß die Frage, auf die es doch allein ankömmt, die Frage nämlich, ob denn die Entschädigung nach dem Gesetze von 1831 keine volle sei, gar nicht einmal untersucht ward. Sie zeigen, daß man, das Gesetz von 1820 aus, wie es scheint, unstichhaltigen Gründen als Anhaltspunkt ablehnend, lediglich zur landrechtlichen Bestimmung sich hingewendet, die doch gesetzliche Kraft längst verloren und in staatswirthschaftlicher Hinsicht eine Autorität nie besessen hat. Sie zeigen, daß man dies gethan, ohne auch nur zu fragen, ob denn nicht andere Gefällentschädigungsgesetze bestehen, die als Anhaltspunkte dienen könnten. Sie zeigen, daß man die Gesetze von 1825 und 1828 gänzlich übersehen, nach denen den landrechtlichen Bestimmungen über den Zinsfuß gemäß das Zwanzigfache als Entschädigung anerkannt ist. Sie zeigen, daß man auf diese Weise zu einer Werthsbestimmung gekommen, die dem Sachkundigen stets ein unlösbares Räthsel bleiben wird.

Irren wir nicht, so mußte die Schlußfolge eine ganz andere sein, als wir sie in den Entscheidungsgründen des verehrlichen Gerichtshofes vor uns liegen sehen. Es mußte auf eine andere Schlußfolge gebaut, ein ganz anderes Urtheil das Ergebniß sein. Um zu würdigen, ob die Entschädigung des Gesetzes eine volle sei, mußte man sich allerdings nach einem Maaßstabe außerhalb dieses Gesetzes umsehen. Man konnte ihn nur in einem sachverständigen Gutachten oder in anderen Gesetzen suchen, die anerkanntermaßen volle Entschädigung gewähren. Man konnte von der Einholung eines sachverständigen Gutachtens Umgang nehmen, da wirklich dergleichen Gesetze vorliegen. Als solche Gesetze mußte man anerkennen das Gültabkaufsgesetz vom 5. October 1820, das den Abkauf jeder Gült gegen den Willen des Berechtigten im achtzehnfachen Betrage zuläßt, und die Gefällentschädigungsgesetze vom 14. Mai 1825 und 1828, welche die Entschädigung für aufgehobene alte Abgaben auf's Zwanzigfache festsetzen. Man mußte anerkennen, daß diese Gesetze volle Entschädigung gewähren, weil kein Berechtigter jemals etwas anderes behauptet und nirgends her auch nur die leiseste Vermuthung zu schöpfen ist, daß die Gesetzgebung weniger habe bewilligen wollen als volle Entschädigung. Es kam darum nur darauf an, das Gefäll des Blutzehnten mit jenen zu vergleichen, auf welche sich das Gesetz vom 5. October 1820, und mit dem Gefällen, auf die sich die Gesetze von 1825 und 1828 erstrecken. Bei dieser Vergleichung durfte man — scheint es — nicht übersehen, daß das Gültgefäll die meiste Aehnlichkeit habe, daß es aber entschieden werthvoller, daß es darum gewiß auch höher anzuschlagen sei, als der Blutzehnte. Man durfte hiernach wohl annehmen, daß für Letzteren die Entschädigung eine geringere sein müsse, als die des achtzehnfachen Betrags. Und wenn man nun damit in Verbindung brachte, daß Stiftungen und Pfarreien — denen doch gewiß nichts vergeben werden wollte — schon lange vor dem Gesetze von 1831 den Abkauf der Blutzehnten im fünfzehnfachen Betrage zuließen, konnte man dann nicht mit gutem Grunde zum Schlusse gelangen, der fünfzehnfache Betrag, eben der, den das Gesetz von 1831 bestimmt, sei die dem Werthe des Gefälls entsprechende, d. i. die volle Entschädigung?

F . . . . . ff.

II.

Kann eine Frau zweiter Ehe, worin keine Kinder erzeugt wurden, bei dem Vorhandensein von drei Kindern des Mannes aus erster Ehe die Nutznießung an einem Viertel der Verlassenschaft ihres verstorbenen Ehemannes auch dann rechtlich aussprechen, wenn sie zufolge Ehevertrages bereits ein Viertel dieser Verlassenschaft als eigenthümlich erhalten hat?

Diese Rechtsfrage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Der Satz 913 des Landrechts trifft die Bestimmung, daß Freigebigkeiten durch Handlungen unter Lebenden oder durch letzten Willen nicht den vierten Theil des Vermögens eines Gebers übersteigen dürfen, der bei seinem Hinscheiden drei Kinder hinterläßt. Ferner verordnet der Satz 1098 des Landrechts, daß ein Ehegatte (sei er Mann oder Frau), der Kinder aus einer ersten Ehe hat, und zur zweiten oder weitern Ehe schreitet, seinem neuen Ehegatten nicht mehr geben darf, als der Antheil des Mindestbegünstigten seiner ehelichen Kinder beträgt; und daß eine solche Schenkung in keinem Falle ein Viertheil des Vermögens übersteigen darf. Endlich erklärt der Satz 1527, Absatz 3 des Landrechts jeden Vertrag, welcher einem der Ehegatten über den in Satz 1098 bestimmten Theil etwas zuwendet, wenn Kinder aus einer früheren Ehe vorhanden sind, — in Allem, was diesen Theil übersteigt, für unwirksam.

Der vierte Theil des ganzen Vermögens ist es nun, welcher unter den angeführten Verhältnissen einer Frau zweiter Ehe aus der Verlassenschaft ihres Mannes zugetheilt werden kann, und nicht mehr. Hat sie kraft eines Ehevertrages einen Kindstheil, beziehungsweise den vierten Theil des Vermögens ihres verlebten Mannes erhalten, so vermißt sie sich umsonst auf die im Zusatz 745 a des Landrechts enthaltene Vorschrift, daß ihr auch noch die lebenslängliche Nutznießung auf ein Viertel der Verlassenschaft zustehe, weil diese Nutznießung nur in dem Falle eintritt, wo die Ehefrau noch nicht ein Viertel zu Eigenthum erhalten hat.

Zwar nimmt Brauer in seinen Erläuterungen über Satz 1098 des Landrechts B. 2, Seite 515, und mit ihm Zachariä in seinem Handbuche des französischen Civilrechts, vierte Auflage, B. 4, §. 688, Seite 266, an, daß gemäß des Satzes 1094, Absatz 2 des Landrechts (Code civil) der überlebende Ehegatte ein Viertel als Geschenk für eigen, und auf ein weiteres Viertel eine eheliche Nutznießung erhalten könne, indem ersterer insbesondere nur das, was dem überlebenden Ehegatten geschenkt wurde, nicht — was das Gesetz ihm giebt, d. h. nicht die nach Landrechtszusatz 745 a ihm kraft ehelichen Rechts gebührende Nutznießung, eingerechnet haben will.

Allein der Zusatz 1519 a des Landrechts sagt ganz deutlich:

„Wo ein Voraus durch Ehevertrag bedungen ist, da kann die oben im Zusatz 745 a festgesetzte eheliche Nutznießung nur alsdann daneben bezogen werden, wenn sie dabei ausdrücklich bedungen ist, und den Umständen nach ohne Rechtsverkürzung Anderer eintreten kann;"

und Brauer selbst widerspricht sich, indem er a. a. O. B. 3 über Zusatz 1519 a des Landrechts, Seite 406, diese Gesetzesstelle ihrer klaren Fassung nach dahin deutet, daß der beschenkte Ehegatte die gesetzliche Vorsorge für seinen Unterhalt, d. h. die Nutznießung kraft ehelichen Rechtes nicht noch neben dem Vortheil, den er im Ehevertrage sich ausbedungen hat, sich zueignen dürfe, wenn die Rechte der Pflichterben durch eine Vereinigung beider Wege der Vorsorge gekränkt werden.

Durch den im badischen Landrecht enthaltenen Zusatz 1519 a ist mithin die im französischen Rechte controverse Frage zum Nachtheil der überlebenden Ehefrau entschieden.

Ganz in demselben Sinne erfolgte ein durch drei Instanzen hindurch gleichförmiges Urtheil in der Rechtssache der Wittwe des Präceptors Georg Heinrich Sallmann zu Adelsheim, Klägerin Appellantin, Ober-Appellantin, gegen die ersteehelichen Kinder ihres Mannes, namentlich Sophie Karoline Sallmann, geehelicht an Lehrer Haas allda, Christine Elisabethe Sallmann, geehelicht an Rathsschreiber Herrmann zu Krautheim, und Schullehrer Heinrich Sallmann zu Reicholzheim, Beklagte Appellaten, Ober-Appellaten, Nutznießungs-Ansprüche betreffend.

Die Entscheidungsgründe des Großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises, welche von dem Großherzoglichen Oberhofgerichte adoptirt wurden, waren so gefaßt:

Digitized by Google

In Erwägung, daß bei der Erbschaftstheilung des Präceptors Sallmann, welcher drei volljährige Kinder erster Ehe hinterließ, dessen Wittwe, die Klägerin, zufolge des mit Sallmann errichteten Ehevertrages einen Kindestheil, resp. den vierten Theil des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes erhalten hat; in Erwägung, daß die Klägerin damit schon das Maximum dessen erhalten hat, was ihr der Ehemann aus seinem Vermögen zuwenden konnte und durfte, und die auf Zuerkennung der Nutznießung an einem weiteren Viertheile der Erbschaft gerichtete Klage aus dem Grunde als rechtlich unbegründet erscheint, da hiedurch die Wittwe mehr, als jedes Kind des Erblassers erhielte, dieselbe aber zufolge der Bestimmung des Landrechtssatzes 1098 nicht mehr, als das am wenigsten begünstigte Kind erster Ehe erhalten darf; in Erwägung, daß der Landrechtszusatz 745 a, auf welchen die Klage hauptsächlich basirt wird, der Bestimmung des Landrechtssatzes 1098 nicht entgegensteht, da jener, wie sich aus der darauf bezüglichen Bestimmung des Landrechtszusatzes 1519 a ergiebt, nur in dem Falle die fragliche Nutznießung zuspricht, wenn die Ehefrau noch nichts, oder noch nicht so viel aus dem Vermögen ihres Mannes erhalten hat, als ihr gesetzlich gehört, und im letztern Falle auch nur dann, wenn es ohne Rechtsverkürzung Anderer geschehen kann; in Erwägung aber, daß Klägerin aus dem Vermögen ihres Ehemannes schon mehr erhalten hat, als ihr der Landrechtszusatz 745 a zuwendet, nämlich nicht blos die Nutznießung an einem Viertheile des nachgelassenen Vermögens ihres Mannes, sondern das Eigenthum an jenem Viertheile selbst, und daß die geforderte Nutznießung das Recht der drei Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil schmälern müßte; in Erwägung endlich, daß auch der Landrechtssatz 1094 hier nicht entscheidend ist, da derselbe nur von dem Falle handelt, wenn aus der Ehe selbst, aus welcher der beschenkte Gatte der überlebende ist, Kinder vorhanden sind, nicht aber von dem hier in Frage stehenden, in welchem die Ansprüche eines zweiten Ehegatten streitig wurden.

Aus diesen Gründen, und weil das Gesetz überhaupt die Kinder einer andern Ehe gegen die Freigebigkeit ihres Vaters zum Vortheil einer zweiten oder dritten Frau in besonderen Schutz nehmen wollte (Sätze 1496 und 1527 des Landrechts), erscheint die Klägerin durch den unterrichterlichen Bescheid nicht beschwert, und es mußte deshalb, und wegen der Kosten nach Maßgabe des §. 169 der Prozeßordnung confirmatorisch erkannt werden.

III.

Eine Frage,

die Gerichtssprache betreffend.

Aus welchem Grunde wird in der neueren Zeit, in der man doch mit Recht auf Richtigkeit und Einfachheit der Gesetzes- und Gerichtssprache bedacht ist, in vielen gerichtlichen Urtheilen über Diebstähle der Ausdruck gebraucht: „des Diebstahls zum Nachtheil des N. N.“ und warum sagt man nicht, wie im gewöhnlichen Leben, einfach und natürlich: „des an N. N. verübten (oder begangenen) Diebstahls?“

Ist es nicht eine über die Grenzen des deutschen Landes und der deutschen Sprache hinausgehende Nachahmung?

B.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des zehnten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1843, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 17. Dezember 1842.

I.

1) Die gegen einen Ehemann gerichtlich erkannte Gant giebt der Ehefrau wohl das Recht, in einer Gemeinschaftsehe ihr Beibringen und in einer bewidmeten Ehe ihre Ehesteuer zurückzufordern;

2) sie hat aber für sich allein nicht die Folge, daß die Ehe von nun an als eine Nichtgemeinschaftsehe mit völlig gesondertem Vermögen anzusehen wäre;

3) die in der Gant erfolgte Entsagung der Ehefrau auf die Gemeinschaft ist hierbei ohne rechtlichen Einfluß.

Schon das römische Recht hat dem Ehemanne ausgedehnte Befugnisse eingeräumt über das Vermögen der Ehefrau, so weit es zur Bestreitung der ehelichen Last bestimmt, zur Ehesteuer (dos) ausgesetzt war. Hieraus entsprang für die Frau die Gefahr bei einer schlechten Verwaltung des Mannes die Ehesteuer ihrem Zwecke entzogen zu sehen, und darum gestattete das römische Recht ausnahmsweise, schon in stehender Ehe die Ehesteuer zurückzufordern. l. 24. pr §. 1. D. sol. matrim. (24. 3).

Neben dem Dotalsysteme des römischen Rechts hat sich in Deutschland durch Gewohnheit das System der ehelichen bald allgemeinen bald partikularen Gütergemeinschaft ausgebildet, welches dem Ehemann noch umfassendere Rechte über das eheliche Vermögen zuweist. Die Gefahr für die Ehefrau, ihr Beibringen zu verlieren, ist hiedurch gewachsen und man sollte darum glauben, daß ihr die Gesetzgebung noch kräftigere Schutzmittel werde bewilligt haben. Dem ist aber im Allgemeinen nicht so, aus Gründen, welche hier nicht näher aufgezählt werden können; nur einzelne Gewohnheitsrechte und Statuten nahmen das Schutzmittel auf, welches durch das römische Recht dargeboten war. *)

Besonders lebhaft war der Kampf des römischen Rechtes mit dem einheimischen in Frankreich; er schied dort das ganze Reich in zwei Hälften, die Länder des geschriebenen (römischen) und die Länder des Gewohnheitsrechtes, wobei auf beiden Seiten manche Rechtsmaterien merklich umgeschmolzen wurden. Der Gegensatz war noch nicht gehoben, als der Code Napoléon abgefaßt wurde, und der Streit wurde hierbei nur dadurch beseitigt, daß man eine partikulare Gütergemeinschaft zur gesetzlichen Regel für die ehelichen Vermögensrechte erhob, daneben aber den Staatsbürgern freistellte, theils diese Regel im Einzelen abzuändern, theils das Dotalsystem zu wählen, wie es durch Gewohnheiten umgestaltet war. Nach dem Muster mehrerer Gewohnheitsrechte ward zugleich den Ehefrauen allgemein das Recht ertheilt, auch während der Ehe die Auflösung der Gütergemeinschaft gerichtlich zu fordern. Doch soll diese Befugniß weder in dem Gemeinschafts- noch in dem Dotalsysteme benützt werden, um die Rechte der Gläubiger und so die Sicherheit des Verkehrs zu gefährden; deshalb sind manchfache Formen vorgeschrieben, in welchen die Vermögensabsonderung nachzusuchen und zu ertheilen ist. Und hierin unverändert ist das französische Recht auch in Baden eingeführt worden. Landrechtssatz 1443. — 1445. 1563.

Wird von dem Rechte der Vermögensabsonderung gehörig Gebrauch gemacht in der Gemeinschaftsehe, so ist diese fortan nach den Regeln zu beurtheilen, welche von dem Falle gelten, wenn eine völlige Vermögensabsonde-

*) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts (4. Aufl.) §. 356.

rung, durchgängige Trennung des beiderseitigen Vermögens der Eheleute, bedungen worden ist, Landrechtssatz 1448. — 1450. verglichen mit Landrechtssatz 1536 — 1539; war es eine Dotalehe, worin die Vermögensabsonderung erkannt worden ist, so ist die Ehe fortan so anzusehen, als ob das Vermögen der Ehefrau einzig zugebrachtes Gut wäre, Landrechtssatz 1574. — 1580.

Uebrigens sind die Folgen der Vermögensabsonderung dieselben, die Ehe mag vorher eine Gemeinschafts- oder eine Dotalehe gewesen sein, d. h. die eben angeführten Gesetzesstellen müssen sich wechselseitig erläutern und ergänzen.*)

Aus diesem Grunde ist die in den Vermögensverhältnissen getrennte Ehe der einen und der andern Art beschrieben als eine Nichtgemeinschaftsehe mit völlig gesondertem Vermögen.

Dieses vorausgeschickt kommen wir zu der Streitfrage des badischen Rechtes, ob die Gant, welche gegen den Ehemann erkannt ist, für sich allein die Vermögensabsonderung bewirke.

Die eine Partei verneint die Frage und fordert ein ausdrückliches Gesuch der Ehefrau, daß der Richter die Vermögensabsonderung ausspreche, und ein entsprechendes Urtheil; die andere Partei findet jenes Begehren in der Liquidation des eheweiblichen Beibringens gegen die Gantmasse und in dem willfährigen Ganturtheile.

Die Ansicht des Einsenders ist in den Sätzen der Ueberschrift zusammengefaßt.

Die gewöhnlichen Fälle, welche die Erlöschung der ehelichen Vermögensverhältnisse mit sich führen, sind dieselben, welche die Ehe auflösen, der natürliche Tod, der bürgerliche Tod und die Ehescheidung, wozu das Gesetz noch die Trennung von Tisch und Bett, eine Art provisorischer Scheidung, gefügt hat, Landrechtssatz 227. 311. 1441.

Die gesetzlichen Wirkungen dieser Aufhebung der ehelichen Vermögensverhältnisse für die Ehefrau oder deren Erben sind in der Dotalehe der Rückfall der Ehesteuer, in der Gemeinschaftsehe der Rückfall des Beibringens und der Anfall eines Theiles an dem Gemeinschaftsvermögen. Sie haben miteinander gemein, daß sie in den genannten Fällen zu gleicher Zeit und kraft Gesetzes eintreten, sonst sind sie von einander unabhängig, die Ehefrau behält das Recht, ihre Ehesteuer und ihr Beibringen zurückzunehmen, sie mag sich der Gemeinschaft theilhaftig machen oder ihr entsagen, Landrechtssatz 1493. 1581.

Sehr verschieden hievon ist die Aufhebung der ehelichen Vermögensverhältnisse *während der Ehe* durch Vermögensabsonderung. Sie tritt nicht ein kraft Gesetzes, sondern muß von der Ehefrau bei Gericht erbeten werden, und zwar steht ihr dieses Recht ausschließlich in Person zu, kann nicht von ihren Gläubigern geltend gemacht werden, und bildet somit ein eheweibliches Vorrecht, ein Privilegium, Landrechtssatz 1446. 1563. Endlich bewirkt die Vermögensabsonderung nicht allein den Rückfall der Ehesteuer oder des Beibringens und den Anfall eines Theils der Gütergemeinschaft; sondern sie hat noch eine ganz eigene Wirkung, sie begründet den Eintritt eines ganz neuen Verhältnisses, die Fortsetzung der Ehe unter andern als den ursprünglichen Bedingungen hinsichtlich des eheweiblichen Vermögens, mit völliger Trennung des beiderseitigen Vermögens der Eheleute, indem sie der Ehefrau die Verwaltung ihrer beweglichen und unbeweglichen Güter und den freien Genuß ihrer Einkünfte überträgt, und derselben nur die Verbindlichkeiten auflegt, zu den Lasten der Ehe beizutragen und ihre Liegenschaften ohne ehemännliche oder gerichtliche Ermächtigung nicht zu veräußern.

Wenn übrigens eine Vermögensabsonderung gerichtlich erkannt wird, so hat die Ehefrau immer noch die Wahl, ob sie die Gemeinschaft annehmen oder ausschlagen will. Die Klage auf Vermögensabsonderung schließt also die Entsagung nicht in sich, und eben so wenig wird aus der letztern die Folgerung zu ziehen sein, daß die Ehefrau eine Absonderung habe herbeiführen wollen.

Wird nun gegen einen Ehemann Gant erkannt, so ist außer Zweifel, daß bei dieser Lage der Frau das Recht entsteht, eine Vermögensabsonderung zu begehren.

Wenn aber darauf die Frau lediglich ihre Ehesteuer oder ihr Beibringen liquidirt, Landrechtssatz 1470, 1540, ist darin das Gesuch einer Vermögensabsonderung mit *allen* angeführten rechtlichen Wirkungen zu erkennen?

Das Recht der Ehefrau, ihre Ehesteuer oder ihr Beibringen zurückzufordern, ist außer der Gant allerdings abhängig von einem gesetzlich bestimmten Falle, welcher die Ehe oder doch die ehelichen Vermögensverhältnisse auflöst;

*) Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts (4. Aufl.) §. 499 Band III. S. 146.

allein es ist damit nur vertagt oder bedingt, nicht aber wesentlich verbunden mit dem Anfalle eines Theils der Gemeinschaft oder mit der Festsetzung getrennter Vermögensverhältnisse. Die Gant aber hat die gesetzliche Folge, daß die Bedingungen oder Zeitbestimmungen für eingetreten angesehen werden. Proceßordnung §. 835. Darum steht der Ehefrau das Recht zu, ihre Ehesteuer oder ihr Beibringen jetzt schon zurückzufordern. Die Wirkung davon ist die, daß ihr Vermögen nicht zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird, was allein der Zweck des Gantverfahrens ist. Ob dabei die Ehefrau der Gemeinschaft entsagt oder nicht, ist völlig gleich, weil auch bei der wirklichen Auflösung der Gemeinschaft die Zurücknahme der Ehesteuer und des Beibringens von der Entsagung nicht abhängt.

Die andere Frage, ob die Ehefrau neben der erwähnten Zurücknahme noch die Ausscheidung des eigentlichen Gemeinschaftsvermögens, Landrechtssatz 1474, begehren und so die Möglichkeit herbeiführen soll, über die Annahme oder Ausschlagung ihres Antheiles sich zu entschließen, ist durch die Gantmäßigkeit des Ehemanns und die damit verbundene Vermögensuntersuchung für die Frau schon factisch entschieden, weil dieses theilbare Gemeinschaftsvermögen in die Gantmasse fällt, Proceßordnung §. 836. Ein richterlicher Ausspruch, welcher der Frau den Anfall des Gemeinschaftsantheils eröffnet, ist in dieser Beziehung ganz nutzlos; man wird deßhalb, wo die Ehefrau ihre Ehesteuer oder ihr Beibringen liquidirt, nicht unterstellen können, daß sie damit auch etwas Ueberflüssiges verlange, ein Urtheil über die Auflösung der Gemeinschaft hinsichtlich des Vermögens, welches nach Ergänzung des beiderseitigen Beibringens der Eheleute als theilbare Gemeinschaft vorhanden sein möchte. Im Gegentheil will die Ehefrau in den meisten Fällen die Eröterung dieses Punktes abschneiden durch Entsagung auf die Gemeinschaft, was freilich im Augenblicke wenig Bedeutung hat, weil die eigentliche Gemeinschaft in die Gantmasse fällt. In der Fortdauer der Gemeinschaft neben der Zurücknahme der Ehesteuer oder des Beibringens liegt aber darum kein Widerspruch; der Landrechtssatz 1446 spricht ausdrücklich von dem Falle, wo der Mann in Gant ist, und die Ehefrau die Vermögensabsonderung nicht begehrt, und seine Verfügung beruht nicht auf einer Verschiedenheit des französischen Gantverfahrens. Die Fortdauer der Gemeinschaft äußert sich durch die That erst nach Vertheilung der Gantmasse, womit die Gant des Ehemanns beendigt ist; denn von da an kann nach wie vor ein Gemeinschaftsvermögen sich bilden, Proceßordnung §. 836. 935, und wenn die Fortsetzung der Gemeinschaft der Ehefrau nicht zusagt, so hat sie unter den Voraussetzungen des Landrechtssatzes 1443. immer noch das Recht, auf Vermögensabsonderung zu dringen.

Endlich, und dies ist die Hauptsache, läßt sich gar nicht einsehen, wie in der Liquidation der Ehefrau, auch in Verbindung mit einer Entschlagung auf die Gemeinschaft, das Gesuch liegen soll, daß sie von nun an mit ihrem Ehemann die Ehe fortsetzen wolle unter andern Vermögensverhältnissen, nämlich mit völliger Trennung des beiderseitigen Vermögens. Dieß ist eine Frage, welche lediglich die beiden Eheleute berührt, eine Frage, worüber bei der Liquidation der Ehesteuer und des Beibringens gegen die Gantmasse gar nicht verhandelt wird; und doch soll das Ganturtheil, welches der Frau ihre Ansprüche zuerkennt, die Frage nach den künftigen ehelichen Verhältnissen mit entscheiden? Das Ganturtheil soll den Ausspruch enthalten, daß die Gütergemeinschaft aufgelöst sei, während weder zwischen Mann und Frau, noch zwischen diesen und den Gläubigern über irgend eine dahin gehörige Thatsache, nicht einmal über den in die Gantmasse fallenden Theil der Gemeinschaft, verhandelt worden ist?

Dies widerspräche allen Merkmalen der Rechtskraft, Landrechtssatz 1351, und diese ist es doch, worauf man baut, wenn man die Gütergemeinschaft durch die Gant will aufgelöst wissen.

Die gewöhnlichen Liquidationen der Ehefrauen in der Gant ihrer Ehemänner, worin sie, mit oder ohne Entschlagung der Gemeinschaft, ihre Ehesteuer oder ihr Beibringen fordern, kann hienach der Einsender nicht anders auslegen, als daß eine solche Frau das genannte Vermögen den Gläubigern nicht zu ihrer Befriedigung überlassen, auf die Gemeinschaft, so weit sie zur Gantmasse gehört, keinen Anpfruch machen, die Frage aber unerörtert lassen will, wie nach beendigter Gant des Ehemannes die ehelichen Vermögensverhältnisse zwischen ihm und ihr sich gestalten sollen. Verlangt die Ehefrau ein Weiteres, so muß sie sich deutlicher eeklären. Das Recht, Vermögensabsonderung zu verlangen, ist ein persönliches Vorrecht der Frauen, muß demnach strenge ausgelegt werden. Es ist eine Rechtswohlthat, die man Niemanden aufdringen, und welche nicht zum Schaden der Frau verkehrt werden darf. Das Letztere würde aber bei Ehen geschehen, wo

Digitized by Google

bloße Errungenschaftsgemeinschaft besteht. Denn wird diese durch die Gant aufgelöst, so kann die Frau von den Gläubigern auch belangt werden, die Hälfte der in Verlust gerathenen Forderungen mit ihrem Einbringen zu ersetzen. Landrechtssatz 1521. a. Oder hat sie vielleicht durch die Liquidation ihres Beibringens dazu sich bereit erklärt?

Nach den Bisherigen dreht sich indessen die ganze Streitfrage darum, ob eine Ehefrau die Vermögensabsonderung nicht stillschweigend anrufen könne.

Der Einsender bejaht dies und bestreitet nur, daß in den gewöhnlichen Liquidationen der Ehefrauen ein solches stillschweigendes Gesuch enthalten sei.

Zum Schlusse sei es vergönnt, auf das Recht unserer deutschen Nachbarn hinzuweisen. In Würtemberg gilt als gesetzliche Regel die Errungenschaftsgemeinschaft, und die Ehefrau hat unter dem Namen „der weiblichen Freiheiten" das Recht, ihrem Antheile an der Errungenschaft zu entsagen, um die nachtheiligen Folgen der Verwaltung des Ehemannes von sich abzuwenden, kann aber auch dieses Rechtes verlustig werden.

Von diesen weiblichen Freiheiten sagt nun Weishaar in seinem Handbuche des würtembergischen Privatrechts (3. Auflage) Th. I. §. 164. S. 177: „damit der Frau diese Rechtswohlthat zukomme, wird erfordert, daß sie dieselbe angerufen habe; denn unmittelbar durch die Gesetze kommt sie ihr nicht zu; anrufen kann sie dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend: als eine stillschweigende Imploration derselben wird angenommen, wenn sie den Gläubigern, die sie wegen einer anerkannten Socialschuld belangen, widerspricht, oder sich mit ihrem Beibringen zufrieden erklärt." *)

Im Sinne des badischen Rechtes würde man dies so fassen müssen: die Ehefrau fordert die Vermögensabsonderung stillschweigend, wo das Gesuch der Liquidationsklage in der Gant ihres Ehemannes nur unter dieser Voraussetzung rechtlich begründet wäre, Landrechtssatz 1108. b. Dann muß aber der Inhalt der Klage sicher anders ausfallen, als man gewöhnlich findet.

Ant. Mayer **)

*) Auch in Würtemberg kann die Frau in der Gant des Mannes ihr Beibringen zurücknehmen, wenn sie gleich der weiblichen Freiheiten sich nicht bedient, somit in Gemeinschaft bleibt.

**) Nunmehr Hofgerichtsrath in Konstanz. D. Red.

II.

Findet die actio quanti minoris auch dann statt, wenn die Vertragsurkunde ausdrücklich besagt, daß eine Morgenzahl nicht gewährt werde?

Rosenbaum gegen Fischer.

Inhaltlich eines Auszugs aus dem Contractenprotokoll der Gemeinde Gerchsheim vom 12. Februar 1841 verkaufte Fischer seine sämmtlichen Liegenschaften nebst Hofriethe mit zwei Wohnhäusern und Zugehör an Rosenbaum. Die Grundstücke, so heißt es in der Urkunde, — sind in einem dem Käufer übergebenen Verzeichniß einzeln bezeichnet, und es ist dieses Verzeichniß als ein wesentlicher Bestandtheil dieses Protokolls anzusehen; sollte jedoch in dem angezogenen Verzeichniß ein oder das andere Grundstückchen vergessen sein, so sind solche doch mit in diesen Verkauf eingeschlossen. Der Kaufpreis des ganzen Gutes sammt und sonders ist: 13,100 fl. —

Der Verkäufer hat in den Häusern und Nebengebäuden, so wie in Scheuern und Stallung alles zu belassen, was Nagel und Nieth hält, so überhaupt Kelter, Gerüst, Gebälkstangen und den im Hofe vorräthigen Dunger.

Ferner übergibt Verkäufer dazu 2 Kühe und 2 Raupen, welche von demselben noch 14 Tage gefüttert werden müssen ꝛc.

Verkäufer übergibt sein Gut als freies Eigenthum dem Käufer, wofür ersterer gewährt ꝛc.

Eine Morgenzahl nach dem übergebenen Verzeichnisse wird nicht gewährt ꝛc.

Der Gemeinderath gewährte die bezeichneten Liegenschaften als freies Eigenthum des Verkäufers und der Käufer bezahlte, einem weiteren Geding zufolge, innerhalb 14 Tagen nach Abschluß des Vertrags die Summe von 2000 fl. baar an den Verkäufer †), wogegen der Rest des Kaufschillings mit 11,100 fl. in einem Vierteljahr bezahlt, oder von da an mit 4 Procent verzinst werden sollte.

†) Eben darum dürfte es sich fragen, ob nicht dem Kläger die Landrechtssätze 1338 und 1338 a ein für allemal entgegen stehen? D. E.

Allein schon im März 1841 klagte der Käufer auf Vertragsauflösung, wovon er jedoch später wieder abstand, indem er unterm 6. Dezember 1841 eine Minderungsklage erhob, zu deren Begründung im Wesentlichen vorgetragen wurde: Nach der Angabe des Beklagten beim Kaufabschlusse, und nach dem von diesem übergebenen Verzeichnisse sollte das verkaufte Gut, ausschließlich Haus und Hof, 114 Moegen, 23 Ruthen betragen. Dem Worte des Verkäufers und dem Verzeichnisse trauend, sei es diese Größe des Guts gewesen, welche den Käufer zu dem Kaufpreise von 13,100 fl. bestimmt habe. Es habe also Beklagter versprochen, daß das verkaufte Gut 114 Moegen, 23 Ruthen enthalte *). Daran fehlten aber, wie durch eine angestellte Untersuchung und Taxation dargethan sei, 54 Morgen, 30 Ruthen und 12 Schuh badischen Maaßes, ein Werth von 6241 fl. 38 kr., welche daher an der Kaufsumme in Abzug zu bringen seien, da sie mehr als $^1/_{20}$ des Werths aller verkauften Gegenstände betrügen.

Zur rechtlichen Begründung dieses Anspruchs trug Kläger unter Bezugnahme auf die Landrechtssätze 1616—1619 noch besonders vor: a) Werde ein Grundstück unter Angabe seines Flächengehaltes nach einem auf das Maaß bedungenen Preis verkauft, z. B. ein Wald von 100 Morgen, per Morgen à 100 fl., dann müsse, wenn ein Mindermaaß vorhanden sei, der Verkäufer dem Käufer das Maaß schaffen, oder sich einen Abzug am Preise gefallen lassen. Sei dagegen Uebermaaß vorhanden, so könne der Käufer entweder darauf zahlen oder vom Kaufe abgehen, wenn das Uebermaß $^1/_{20}$ betrage. Landrechtsatz 1617 und 1618. b) Wenn dagegen ein Grundstück oder ein Inbegriff von Grundstücken (ein Gut) mit Angabe des Flächengehaltes für einen Preis im Ganzen, z. B. Fischers Gut von 114 Morgen um 13,100 fl. verkauft worden, so könne der Käufer eine Herabsetzung des Preises dann verlangen, wenn der Unterschied zwischen dem wirklichen und dem im Vertrage angegebenen Flächengehalt wenigstens $^1/_{20}$ mit Rücksicht auf den Werth des ganzen Guts betrage, d. h. wenn der Werth der fehlenden Grundstücke $^1/_{20}$ des Gesammtpreises betrage †).

Zur Klagbegründung genüge also nicht blos die Behauptung, es fehlten so und so viele Morgen, sondern es müsse vielmehr angeführt sein, es fehlten so und so viele Moegen, und der Werth des Fehlenden betrage $^1/_{20}$. Selbst ein Geding, daß der Verkäufer für das fehlende Maaß keine Gewähr zu leisten habe, sei nur so weit von Wirkung, als das Fehlende nicht $^1/_{20}$ betrage. Thilo, französisches Civilgesetzbuch II. Band S. 512 ad art. 1616 Nr. 1. Zachariä, Handbuch ꝛc. II. Band §. 354.

In der Vernehmlassung widerspricht Beklagter, daß er beim Kaufabschluß den Flächengehalt des Guts zu 114 Morgen 23 Ruthen angegeben, daß er dem Kläger dieses Maaß zugesagt und demselben ein hierauf sprechendes Verzeichniß behändigt habe; eben so bestreitet der Beklagte das angebliche Mindermaaß nebst dem berechneten Minderwerthe, mit dem Anfügen: der Landrechtsatz 1619 sage: „jedoch darf ein Anderes bedungen werden."

Es frage sich daher nur, was diese Worte unter dem anderen Geding verstehen?

Nach der Klagbeilage sei bedungen:

„Verkäufer übergibt sein Gut als freies Eigenthum dem Käufer, wofür ersterer gewährt. Eine Morgenzahl nach dem übergebenen Verzeichniß wird nicht gewährt."

Hiernach habe der Käufer auf jede Gewähr des Maaßes verzichtet. Sei aber dies der Fall, so stehe demselben kein anderes Rechtsmittel zu Gebot, als die actio doli oder die Klage wegen Irrthums. Das Gesetz schneide ihm selbst die Klage wegen Verletzung um mehr als $^7/_{12}$ des Preises einer Liegenschaft ab. Landrechtsatz 1674 und 1683.

Zur Widerlegung der vom Gegentheil angeführten Autoritäten berief sich der Beklagte auf *Troplong* le droit civil etc. titre VI. livre III. Nr. 341 und bat um Abweisung des Klägers.

In der Replik wird dagegen vorgebracht: Die Bedingung, daß der Verkäufer für das fehlende Maaß keine Ge-

*) Der Beweis dieser Behauptung möchte schwer zu erbringen sein, da der Zeugenbeweis nach Landrechtsatz 1341 und die Eideszuschiebung nach Landrechtsatz 1360 a als unzulässig erscheint, weil das von dem Kläger selbst producirte und daher zufolge §. 442 der Prozeßordnung gegen ihn vollbeweisende Kaufprotokoll ausdrücklich besagt, daß eine Morgenzahl nach dem übergebenen Verzeichnisse nicht gewährt werde. D. E.

†) Unter dem Gesammtpreise von 13,100 fl. sind aber auch die zum Gute gehörigen Baulichketten und die mit in den Kauf gegebenen Fahrnißgegenstände inbegriffen. D. E.

Digitized by Google

währ leiste, habe nur Wirkung, so lange das Fehlende nicht über 1/20 betrage, wofür mehrere Gewährsmänner citirt werden. Der Artikel 1619 gestatte die Preisminderungsklage, sobald eine Verletzung gleich 1/20 sei, und füge bei: jedoch darf ein anderes bedungen werden.

a) Das Gesetz gebe diese Klage einem jeden, der um 1/20 verletzt sei; es stehe ihm also hier ein ausdrückliches Recht zu.

b) Dieses Recht, welches im öffentlichen Interesse, im Interesse der Sicherheit eines Käufers zur Verhütung von Uebereilungen und bei Käufen eingeführt sei, die als Bausch- und Bogenkäufe anzusehen seien, werde nun, wie jedes derartige, einem Gesetze derogirende Geding nur aufgehoben durch einen ausdrücklichen Verzicht, Verzichte aber würden nicht vermuthet, am allerwenigsten da, wo es sich um eine im öffentlichen Interesse gegebene Bestimmung handle.

Dieser Verzicht jedoch sei wieder nur erlaubt, so weit es sich nicht um einen Verzicht auf das Minderungsrecht selbst in dem Falle handle, daß eine Verletzung von mehr als 1/20 vorläge.

c) Die Clausel: jedoch darf ein anderes bedungen werden, — sei nur dahin zu verstehen, daß das Minderungsrecht auch für den Fall bedungen werden könne, da das Fehlende weniger als 1/20 betrage.

Ein Geding, welches ausspreche, der Verkäufer sei nicht verbunden, sich eine Preisminderung gefallen zu lassen, auch wenn er nur 1/3 oder 1/2 des Versprochenen liefere, wäre dem öffentlichen Interesse und den guten Sitten zuwider.

d) Der Gesetzgeber habe offenbar den Zweck im Auge gehabt, den Käufer zu schützen, es sei diese Bestimmung d'ordre public; wenn daher ein Geding vorliege, welches die Bestimmungen des Landrechtsatzes 1619 abändere, so sei dasselbe strengstens zu interpretiren, also nicht gegen die Bestimmung des Gesetzes, nicht in einer Weise, wodurch ein Vertrag sanctionirt würde, der dem Interesse des öffentlichen Verkehrs, den guten Sitten zuwider wäre, und Täuschungen und Betrug Thor und Thür öffnen würde.

Hierauf wurde durch amtlichen Bescheid vom 2. April 1842 der Kläger unter Verfällung in die Kosten mit seiner Klage abgewiesen, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil er vertragsmäßig auf Gewährung des Gütermaßes verzichtet habe.

In II. Instanz war der Kläger nicht glücklicher, indem das amtliche Urtheil am 5. November 1842 von dem Hofgerichte bestätigt worden ist.

Entscheidungsgründe.

Die angestellte Klage ist rechtlich nicht begründet.

Der Verkäufer ist nur verbunden, das vertragsmäßige Maaß zu liefern. Landrechtsatz 1616.

Um also auf ein bestimmtes Maaß Anspruch machen zu können, muß dasselbe in dem Vertrage nicht etwa nur als ein Zufälliges, sondern in dem Sinne erwähnt sein, daß sich sagen läßt, die Absicht der Contrahenten war auch auf dieses bestimmte Maaß gerichtet; denn sonst fehlt es an der zur Gültigkeit eines jeden Vertrags nach Landrechtsatz 1108 erforderlichen Einwilligung *).

Eine solche Absicht ist aber offenbar da nicht vorhanden, wo der Vertrag die ausdrückliche Clausel enthält, es solle das in dem Verzeichnisse über die verkauften Güterstücke erwähnte Maaß nicht gewährt werden.

Dadurch ist vielmehr die gegentheilige Absicht klar an den Tag gelegt, indem sie die Erklärung enthält, daß die Erwähnung der Morgenzahl etwas Zufälliges, Außerwesentliches, den Vertrag nicht Berührendes sei. Sie stellt die Sache dem Falle gleich, wenn des Maaßes darin überhaupt nicht gedacht ist, in welchem der Verkäufer doch unzweifelhaft ein solches auch nicht zu gewähren schuldig ist.

Daß im vorliegenden Falle der Verkäufer kein bestimmtes Maaß zu überliefern verpflichtet werden wollte, geht übrigens auch noch daraus hervor:

1) daß Beklagter nach dem Wortlaut des Vertrags seine sämmtlichen Liegenschaften um den Preis von 13,100 fl. verkaufte, d. h. selbst diejenigen, welche in dem beigelegten Verzeichnisse vielleicht nicht genannt wären; daß er

2) außerdem noch mehrere Fahrnißgegenstände mit in den Kauf zu geben versprach, für welche kein besonderer Anschlag gemacht war.

Beide Stipulationen beweisen, daß ein Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen wurde, wobei es nach der

*) Immerhin würde in diesem Puncte nach Landrechtssatz 1602a wider den Käufer die Auslegung geschehen müssen. D. R.

Regel des Landrechtsatzes 1586 auf ein bestimmtes Maaß nicht ankommt.

Der Landrechtsatz 1619 kann obiger Auslegung des Satzes 1616 in keiner Weise entgegen gehalten werden, schon weil er nur „eine Beschränkung" des in dem letzteren ausgesprochenen Grundsatzes dahin enthält, daß eine Preisminderung nur dann verlangt werden könne, wenn der Unterschied des überlieferten Maaßes mit dem im Vertrage angegebenen, den Werth des Verkauften im Ganzen um 1/30 mindere, wobei also immer wieder das Erforderniß des Satzes 1616 vorausgesetzt ist, daß nur erst ein bestimmtes Maaß in dem Vertrage zugesagt war.

Die im Satz 1619 erwähnte Angabe des Maaßes kann aber, wie gezeigt, in dem Falle als eine vertragsmäßige Zusage desselben nicht betrachtet werden, wo sie mit der gegentheiligen Verwahrung ausdrücklich versehen ist.

Diese Ansicht ist auch schon bei der Redaction des Urtextes ausgesprochen worden. *Poncelet*, recueil complet des discours etc. Tome II. p. 561 ad art. 1619 in den Worten:

„L'opinant (Berlier) propose donc le vingtième au lieu du dixième, et il observe que cette décision ne nuira point aux stipulations propres à rédimer le vendeur qui aura vendu le fonds *tel qu'il est et se comporte, ou sans aucune garantie de contenance.*"

Dabei ist es auch ganz gleichgültig, ob man den Schlußworten des S. 1619 „jedoch darf ein Anderes bedungen werden" — die Deutung gibt: es könne die Preisminderung auch wegen einer geringeren Differenz als 1/30 unter den Contrahenten festgesetzt werden oder allgemeiner auch darauf bezieht, daß der Verkäufer sich der ganzen Haftbarkeit für alles angegebene Maaß durch ausdrückliches Geding entschlagen könne. Denn wollte man auch nur das Erste in jenen Worten finden, so würde deswegen nichts hindern, die allgemeine Regel des Satzes 1108 über die Gültigkeit der Verträge sowohl als die in dem Satze 1616 speziell für den Kaufvertrag niedergelegte auch hier in Anwendung zu bringen.

Aus dem bisherigen ergibt sich dann auch nicht nur, daß hierbei nirgends ein Gebot des öffentlichen Interesses in Frage steht, weil sonst das Gesetz die Gewährleistung eines bestimmten Maaßes nicht von der Vertragsmäßigkeit abhängig gemacht haben würde, sondern auch die Unrichtigkeit und für den vorliegenden Fall jedenfalls die Unerheblichkeit der Behauptung, daß die Bestimmung des S. 1619 im Interesse des Käufers getroffen sei und der weiteren, daß sie daher dem Käufer so lange zur Seite stehe, als er nicht darauf verzichtet habe. Denn jene Bestimmung, indem sie das Klagrecht des Käufers, der ein zugesagtes Maaß nicht erhielt, darauf beschränkt, wenn das weniger Empfangene 1/30 beträgt, gereicht vielmehr zu Gunsten des Verkäufers, wie die Gesetzgebung überhaupt bei Liegenschaftskäufen, aus leicht begreiflichen Gründen, den Verkäufer vor dem Käufer zu begünstigen alle Ursache hat.

Unerheblich aber ist sie eben darum, weil jener Satz ein vertragsmäßiges Maaß immerhin voraussetzt. Und was den Verzicht betrifft, so ist ein solcher da nicht erforderlich, wo der Käufer, dem kein bestimmtes Maaß gewährt resp. verkauft war, gar kein Recht erlangt hatte auf das er hätte verzichten können. Bayer.

III.

Hat in Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob ein zur hofgerichtlichen Competenz sich eignendes Verbrechen vorliege, der Untersuchungsrichter über die Competenzfrage zu entscheiden?

Inhaltlich der unter dieser Aufschrift in Nr. 35 der Annalen l. J. ersichtlichen Abhandlung müßte eigentlich die Frage so gestellt werden:

„Hat das Amt oder das Hofgericht zu entscheiden, ob Jemand wegen eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens in Untersuchung genommen werden soll?

Hierauf antwortet der §. 6 des Strafedikts:

„Jeder Beamte ist schuldig, auf alle in seinem Gewaltsbezirk vorfallende gesetzwidrige Handlungen Acht zu tragen; wo er Spur von dem Dasein eines Verbrechens erhält, diese zu verfolgen; sofort, sobald Jemand der That halber rechtlich verdächtig ist, gegen ihn die Untersuchung vorzukehren, oder wenn der Thäter eine gefreite Person wäre, zu deren Verfügung an das betreffende Hofgericht die Anzeige zu machen ꝛc."

Das Nämliche ist auch schon im §. 45 der Hofrathsinstruction von 1794 vorgeschrieben. Es kann sonach nicht

Digitized by Google

zweifelhaft sein, daß die Hofgerichte nur gegen gefreite*), die Aemter aber, welche ohnehin die untersuchenden Behörden sind, gegen nichtgefreite Personen die Untersuchungen zu verhängen haben.

Da nun ein Krämer nicht zu den privilegirten Personen gehört, so war folglich die an das Hofgericht gestellte Anfrage, nach Maßgabe der Sätze 1 und 257—259 des Handelsrechts, von dem Amte selbst zu beantworten, weil das Gesetz zwischen den Fällen, die sich zur amtlichen oder hofgerichtlichen Aburtheilung eignen, keinen Unterschied macht.

Der Versuch, die entgegengesetzte Ansicht aus dem §. 16 des Strafedicts zu rechtfertigen, wird kaum einer ernstlichen Widerlegung bedürfen, indem ja diese Stelle von Schöpfung der Urtheile handelt, und also schon gepflogene Untersuchungen voraussetzt, bei welchen es sich nicht mehr fragen kann, ob sie erst einzuleiten sein möchten.

Wenn der §. 16 den Untergerichten gleichwohl gestattet, sich in zweifelhaften Fällen an die ihnen vorgesetzten Hofgerichte zu wenden, um deren Rath einzuholen, so ist diese Anweisung offenbar nur auf solche Untersuchungen zu beziehen, in welchen die Aemter zugleich urtheilende Richter sind, wie es bei der boshaften Zahlungsflüchtigkeit, welche Gegenstand der Anfrage war, nicht der Fall ist.

Dergleichen Anfragen finden aber jetzt überhaupt nicht mehr statt:

1) weil nach §. 14 der Verfassungsurkunde die Gerichte innerhalb der Gränzen ihrer Competenz unabhängig sind, woraus von selbst folgt, daß weder das Amt bei dem Hofgericht, noch dieses bei dem Oberhofgericht anzufragen hat, wie in einem concreten Fall geurtheilt werden soll;

2) weil sich die Obergerichte der Beantwortung derartiger Anfragen schon deßwegen enthalten müssen, um ihrer recursrichterlichen Entscheidung nicht vorzugreifen; und

3) weil die Aemter, falls sie wegen des zu erkennenden Strafmaßes im Zweifel stehen, die spruchreifen Acten an das vorgesetzte Hofgericht einzusenden haben, welches alsdann, selbst wenn es die amtliche Strafcompetenz für begründet erachten sollte, die Fällung des Urtheils nicht ablehnen darf**). Vergl. Annalen von 1842 Nr. 36. S. 259. Aus dem §. 16 läßt sich demnach für die gegentheilige Meinung nichts ableiten.

Uebrigens werden die von dem Herrn Verfasser mit Recht beklagten Inconvenienzen in Frankreich dadurch vermieden, daß bei jeder Untersuchung die Staatsbehörde mit dem Instructionsrichter zusammenwirkt und daß die Rathskammer über vorkommende Anstände unverzüglich entscheidet, auch die Sache selbst, je nach dem sie als Contravention als Delict oder als Verbrechen erscheint, an die competente Behörde verweist oder aber das Verfahren sofort einstellt, wenn nicht schon der Staatsanwalt von der Verfolgung absteht.

Diese durch die Art. 61. 62. 127 — 30. 133 und 34 des Code d'instr. criminelle vorgezeichnete Procedur, welche auch in den §§. 88—91 und 284. ff. des Entwurfs einer badischen Strafproceßordnung adoptirt ist, bedingt natürlich collegialische Bezirksgerichte mit Staatsanwälten und Instructionsrichtern, die unserer dermaligen Organisation fremd sind. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als sich zu gedulden, bis die längst und oftmals besprochenen Reformen ins Leben treten werden.

Doch würden die Beamten, da deren fast überall Mehrere sind, einstweilen wohl daran thun, über jeweilige Anstände in Untersuchungssachen auf den mündlichen Vortrag des Inquirenten collegialisch zu berathen und zu beschließen. Dieser Weg wäre nicht nur ein erlaubter, sondern jedenfalls auch der nächste und kürzeste, welcher im Grunde schon durch die bekannte Anordnung gebahnt ist, daß die gerichtlichen Untersuchungen unter der Leitung und Verantwortlichkeit des ersten Beamten geführt werden sollen.

Bayer.

*) In höherem Grade privilegirt sind die Standesherren, welchen in peinlichen Fällen das Recht der Austrägalinstanz (judicium parium) verliehen ist, und die Minister und Mitglieder der obersten Staatsbehörde, wenn sie wegen Verletzung der Verfassung oder anerkannt verfassungsmäßiger Rechte angeklagt werden.

Gegen die Ersteren erkennt das Staatsministerium und gegen die Letzteren der Großherzog (?) die Untersuchung.

D. E.

**) Wegen Unbestimmtheit des Strafmaaßes können sich bald zur amtlichen, bald zur hofgerichtlichen Abtheilung eignen: 1) Unterschlagungen und Betrügereien, 2) geringe unter erschwerenden Umständen verübte Diebstähle, 3) Ehrenkränkungen und Verläumdungen, 4) Widersetzlichkeiten gegen die öffentliche Gewalt. — Ermißt nun der Untersuchungsrichter, daß eine mehr als vierwöchentliche Gefängnißstrafe zu erkennen sei, so hat er die Akten dem Hofgericht zur Entscheidung vorzulegen, andernfalls aber das Urtheil selbst zu fällen.

D. E.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des zehnten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1843, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zehnter Jahrgang. Nro. 52. Karlsruhe den 24. Dezember 1842.

I.

Ueber die rechtlichen Folgen der Nichterfüllung von Verträgen.

(Zu den Betrachtungen in Nr. 28 der Annalen S. 193.)

Der eben genannte Aufsatz stellt einige Rechtssätze auf, welche mit dem Systeme des Landrechts nicht im Einklange stehen. Sie fordern daher umsomehr zur Widerlegung auf, als wichtige Folgerungen aus ihnen abzuleiten sind.

I. Die Eintheilung der Verträge ihrem Gegenstande nach ist nicht mehr dreigliedrig, wie im römischen Rechte, sondern nur noch zweigliedrig. Man hat nicht mehr zu unterscheiden zwischen dare, facere und praestare, sondern nur noch zwischen geben und thun oder lassen *). Landrechtssätze 1101, 1126.

Die Verbindlichkeit etwas zu geben umfaßt die Pflicht zur Uebergabe, entweder zu Eigenthum oder zum Gebrauch oder zur Inhabung, und die Pflicht zur Aufbewahrung. Landrechtssätze 1127, 1136. Insbesondere gehört hierher die Pflicht, einen Schaden zu vergüten, weil der Ersatz darin besteht, daß der Schuldner dem Gläubiger Geld bezahlt, d. h. ihm eine körperliche bewegliche Sache zu Eigenthum behändigt.

Das Gebiet der Verbindlichkeit etwas zu thun oder zu zu lassen ist hienach sehr beschränkt und erstreckt sich lediglich darauf, daß Jemand eine bestimmte Handlung entweder vornehme oder nicht vornehme.

Die Verbindlichkeiten aus dem Kaufe und Verkaufe gehören sonach an sich niemals unter jene zu thun oder zu lassen, und eben so wenig die Verbindlichkeiten der Gesellschafter, wenn die Einlage in Geld besteht. Die Beispiele im Eingange der genannten Betrachtungen passen also nicht unter den Landrechtssatz 1142. Denn daß der Eine Gesellschafter drei Jahre lang kein Geld aus der Gesellschaftskasse ziehen darf, heißt doch wohl nur so viel, er wolle seinen Gewinnantheil — Geld — für diese Zeit immer wieder der Gesellschaft überlassen.

II. Sobald ein Vertrag abgeschlossen ist, kann jeder Theil den Vollzug verlangen, jeder Theil hat das Recht, mittels einer Klage auf Erfüllung zu dringen, Landrechtssätze 1134. 1135.

Ob der Kläger von seiner Seite erfüllt hat oder nicht, was ohnehin nur bei zweiseitigen Verträgen in Frage kommen kann, ist für die Begründung der Klage ganz gleichgültig.

Die eben angerufenen Gesetzesstellen, so wie Landrechtssatz 1138. haben das Klagrecht von einer solchen Voraussetzung nicht abhängig gemacht. Wer auf Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages klagt, und auch nicht anführt, seinerseits erfüllt zu haben, kann aus diesem Grunde mit seiner Klage nicht abgewiesen werden.

Im gemeinen Rechte hat man zwar lange genug das Gegentheil behauptet unter Berufung auf l. 13. §. 8. D. de act. emti (19. 1.) Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio: venditor enim, quasi pignus, *retinere* potest eam rem, quam vendidit. Damit hat aber Ulpian die Klage des Käufers nicht für unbegründet, sondern nur für unwirksam erklärt; mit andern Worten, er hat dem beklagten Verkäufer ein Retentionsrecht, somit eine dilatorische Einrede zugestanden **). Der Kläger kann daher, wenn der Beklagte die Nichterfüllung vorschützt und beweist, nur zur Zeit abgewiesen werden.

*) Der Ausdruck leisten in der Aufschrift des B. III. Tit. III. Kap. III. Abschn. 3 ist eine Zusammenziehung der französischen Worte: faire ou ne pas faire.

**) Von Savigny System des heut. röm. Rechts §. 240. B. V. S. 289.

Digitized by Google

Und so ist es auch nach dem französischen und badischen Rechte. Denn was Ulpian an der eben angezogenen Stelle wiederholte, hatte er schon in l. 8. §. 2. D. h. t. ausgesprochen, und hieraus ist durch Pothiers Vermittlung entlehnt worden der Landrechtssatz 1612.

„Der Verkäufer ist nicht schuldig, die Waare zu übergeben, ehe ihm der Preis gezahlt, oder von ihm Zahlungsfrist bewilligt ist."

Die weitere Ausführung, daß ein zweiseitiger Vertrag für aufgelöst zu erachten sei, wenn beide Theile nicht erfüllen, beruht auf der irrigen Voraussetzung, daß aus beiderseitigem Schweigen oder bloßem Handeln (durch Nichterfüllung) eine Einwilligung in den Widerruf des Vertrages abgeleitet werden könne *).

III. Der Zwang zur wirklichen Erfüllung eines Vertrages könnte indessen bald zu einer Ungerechtigkeit gegen den Schuldner führen, wenn man ihn nöthigen wollte, etwas zu thun oder zu lassen, bald zur Sicherung der Rechte des Gläubigers nicht ausreichen, wenn man diesem nur das Recht einräumte, den Vollzug zu erzwingen.

Das Klagrecht des Gläubigers ist daher einerseits im Interesse der öffentlichen Ordnung zu beschränken, andererseits zum Vortheile des Gläubigers zu erweitern, je nach dem Gegenstande der Verbindlichkeit des Schuldners.

Besteht nemlich die Verbindlichkeit

1) im Unterlassen einer Handlung, und der Schuldner unternimmt sie dennoch, so wird er entschädigungspflichtig, Landrechtssatz 1145, der Vertrag mag einseitig oder zweiseitig sein. Der Gläubiger kann insbesondere verlangen:

a) daß das zusagwidrig Errichtete zerstört oder daß er selbst ermächtigt werde, es auf Kosten des Schuldners zu zerstören;

b) daß der Schuldner Kosten und Schaden bezahle,

c) auch durch Geld- und eventuell Gefängnißstrafe, sowie

d) durch Sicherheitsleistung zur ferneren Unterlassung angehalten werde, Landrechtssatz 1143, Prozeßordnung §§. 981. 982.

2) Besteht die Verbindlichkeit im Thun, der Vertrag mag einseitig oder zweiseitig sein, und die persönliche Leistung oder Arbeit

A. kann nur durch den Schuldner geschehen, so ist er im Falle der Nichterfüllung entschädigungspflichtig. Namentlich ist der Gläubiger zu den unter Nr. 1 a. und b. bezeichneten Ansprüchen berechtigt, Landrechtssätze 1142. 1143. Proceßordnung §. 980.

B. Kann die persönliche Leistung oder Arbeit durch einen Dritten verrichtet werden, so hat der Gläubiger die Wahl,

a) falls der Vertrag einseitig ist, dieselbe entweder auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten verrichten zu lassen oder den erweislichen Werth und Schaden gegen den Schuldner einzuklagen, Landrechtssatz 1144, Prozeßordnung §. 980;

b) Ist der Vertrag zweiseitig †), so hat der Gläubiger die Wahl, die persönliche Leistung oder Arbeit entweder auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten verrichten zu lassen oder den erweislichen Werth und Schaden gegen den Schuldner einzuklagen, oder endlich die Aufhebung des Vertrags nebst Entschädigung zu fordern, Landrechtssätze 1144. 1184. Prozeßordnung §. 980.

3) Besteht die Verbindlichkeit im Geben und

a. der Vertrag ist ein einseitiger, so kann lediglich auf Erfüllung geklagt werden, Landrechtssatz 1134. arg. 1184; Prozeßordnung 973. — 978. 983;

b. ist der Vertrag ein zweiseitiger, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder auf Erfüllung zu klagen, oder auf Auflösung und Entschädigung, Landrechtssatz 1184.

IV. Wird (in den dazu geeigneten Fällen, III. 2. B. b. und 3. b.) Auflösung begehrt, so geschieht diese

1) ex nunc, wo die Verbindlichkeit ein fortlaufendes Geben zum Gegenstande hat, und mit dem Vollzuge angefangen ist ††);

2) in allen andern Fällen geschieht die Auflösung ex tunc.

Ant. Mayer.

II.

Ueber Einsicht von Verlassenschaftsacten durch Dritte nicht Erbberechtigte.

In Nummer 18 des zehnten Jahrgangs der Annalen ist eine Entscheidung großherzoglichen Justizministeriums bekannt geworden, welche mehrfach zu der Ansicht geführt

*) Brauer Erläuterungen, B. III. S. 9—10.

†) Ueber die Frage, welche Verträge als zweiseitige gelten, s. Oberhofg. Jahrb: N. F. B. VII. S. 293 folgende.

††) Annalen der badischen Gerichte Jahrg. IX. Beibl. S. 15.

hat, als müßten die großherzoglichen Amtsreviſorate Dritten nicht ſelbſt Erbberechtigten, die begehrte Einſicht von Verlaſſenſchaftsacten unbedingt verweigern; es wäre denn, daß dieſe Einſicht auf Vollmacht der Erbintereſſenten ſelbſt verlangt würde. Die großherzoglichen Amtsreviſorate berufen ſich auf die angeführte Entſcheidung großherzoglichen Juſtizminiſteriums und den derſelben zu Grunde gelegten §. 7. der Verordnung vom Jahr 1836 Regierungsblatt Nr. 53 über Mittheilung von Acten, welche bei öffentlichen Behörden beruhen.

Hier ſoll nun die Frage, welche der Fall in Annalen 1842 Nr. 18 darbot, die Frage, ob der Gläubiger eines Erben ein Recht habe, die Einſicht einer Privatinventur zu begehren, einer abermaligen Prüfung nicht unterworfen werden. Aber Verlaſſenſchaftsacten enthalten mehr, als Privatinventuren; und wenn auch eine Eigenthümlichkeit unſeres Rechtes in einem (oft ſchwer zu rechtfertigenden) Schutze des Schuldners gegen die Wirkſamkeit der wohlerworbenen Rechte ſeines Gläubigers beſtehen ſoll, ſo iſt es doch eine von dem entſchiedenen Falle ganz verſchiedene Frage: ob nicht die Verlaſſenſchaftsacten in der Verwahrung der Staatsbehörde von Rechtswegen dazu beſtimmt ſind, oder ſein müſſen, dem dritten Intereſſenten Kenntniß und Beweis darüber zu geben: wer (und in wiefern) Repräſentant ſeines verſtorbenen Contrahenten geworden iſt? (womit nicht nothwendig eine Kenntnißnahme von dem Vermögensſtande verbunden iſt).

§. 1. Die Rechtsphiloſophie war ſtets darüber einig, daß das Erbrecht eine Rechtswohlthat des poſitiven Rechtes ſei. Für dieſe Rechtswohlthat thut der Staat weit mehr, als daß er eine bloße geſetzliche Sanction des Erbrechtes gibt; beſondere rechtspolizeiliche Vorſchriften, und eigene Behörden zu deren Vollzug, ſichern dieſe Rechtswohlthat auch dem Abweſenden, auch dem unmündigen Erben. Mit dieſer Rechtswohlthat für die Erben darf der Geſetzgeber auch wohl eine Wohlthat für die anderen Mitbürger des Verſtorbenen verknüpfen.

Von jeher war unbezweifelt, daß das Erbrecht auch eine paſſive Seite hat, daß Ein Zweck der rechtlichen Repräſentation des Verſtorbenen auch dahin geht, deſſen Gläubigern Befriedigung zu verſchaffen, daß dies wenigſtens ein Nebenzweck iſt, deſſen Berückſichtigung beſtändig mit der Sorge für die Intereſſen des Erben vereint werden muß, weil die Gläubiger auf die bona defuncti jedenfalls ein wohlerworbenes Recht haben. Landrechtſätze 2092. 2093.

§. 2. Auf dieſer Rückſicht auf die Rechte der Gläubiger ſoll die eigenthümliche usucapio pro herede des älteren römiſchen Rechtes, als ein stimulus zur Beſchleunigung der Erbantretung, beruhen. Das beneficium inventarii ward unbeſtreitbar ebenſo wohl im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger als der Erben eingeführt;

vergl. Const. 22 Cod. de jure deliber. VI. 30.

Um insbeſondere im Proceſſe dem Gläubiger der Erbmaſſe ein leichtes Mittel zur Feſtſtellung der erbrechtlichen Paſſiv-Legitimation zu bieten, dienten die interrogationes in jure. Vergl. Tit. Dig. XI. I.

Um den Schwierigkeiten des Beweiſes zu entgehen,

lex 2 und 3 ibid.

durfte der klagende Gläubiger jede erhebliche Frage über die Erbenqualität ſtellen;

lex 9. §. 6. ibid.

bekannte ſich der Beklagte als Erbe, ſo haftete er als confessus;

lex 11. §. 1. 2. §. 9. lex 12. pr. ibid.

log er, oder ſchwieg er, ſo traf den Ueberführten die Verbindlichkeit in solidum dem Kläger gegenüber;

lex 11. §. 3. 4. ibid. vergl. mit lex 6. §. 1.

wobei es ſich von ſelbſt verſtehen dürfte, daß der Kläger gegen den ſein Erbrecht verläugnenden Erben Immiſſion in die Güter des Erblaſſers erwirken konnte;

lex 20. §. 1. ibid.

Ein gleiches Fragerecht, mit dem Nachdrucke eines beſtimmten Präjudizes, geſtattet

Landrechtsſatz 798 a.

um den deliberirenden Erben zur Entſcheidung zu treiben. Damit kann der geſetzliche Erbe zu einem beſtimmten Ja! oder Nein! gebracht werden. Seine Eigenſchaft als Erbe beruht allemal unmittelbar auf dem Geſetze, in ſo lange nicht eine eben ſo offenkundige Entſagung Statt gefunden hat. Vergl. Landrechtſätze 724, 784, 793.

§. 3. So gewiß als dieſe eben berührten Beſtim-

Digitized by Google

mungen schon eine Absicht auch des Badischen Gesetzgebers auf Offenkundigkeit der Successionen von Todeswegen erkennen lassen; so wäre doch gewiß sehr wenig geholfen, wenn man bei jenen Bestimmungen stehen bleiben und das Erben wie ein Privatgeheimniß behandeln wollte. Denn, wenn keine gesetzliche Erben vorhanden sind, und Fremde succediren kraft Testaments, so hat der Erbschaftsgläubiger kein gesetzliches Mittel zu erfahren, an wen er sich zu halten hat. Der Gebrauch der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses gelangt freilich, als eine Art von Entsagung, zu allgemeiner Kenntniß; Landrechtsatz 793.

Aber dies genügt nicht. Der dritte Interessent muß in jedem Falle erfahren können, wer, und zu welchem Antheile Repräsentant des Verstorbenen geworden ist. In so fern ist der Inhalt eines Testamentes publici juris, eine wahre lex successionis im Sinne des ältesten Römischen Rechtes (ein Act der gesetzgebenden Gewalt, ein jedenfalls öffentlicher Act) und eignet sich eben so wohl zur Offenkundigkeit, als Urkunden über den Stand oder Eheverträge und dergleichen.

Alle letzte Willen befinden sich entweder von vornenherein in den Händen der Staatsschreiber oder sollen in ihre Hände zum Vollzuge gelegt werden; Landrechtsatz 1007. Sie werden regelmäßig integrirender Theil der Theilungsacten. Es frägt sich nun: ob die Testamente wirklich „Urkunden über Rechtsgeschäfte von Parteien" — „nicht zur Oeffentlichkeit bestimmt" sind und sein sollen, ob sie es sein dürfen? Vergl. §. 7 der Verordnung von 1836. Regierungsblatt Nr. 53.

Hoffentlich wird diese Frage allgemein verneint werden, und Einsender bittet, daß dies ausdrücklich geschehe. Dies verlangt der Wortlaut der angeführten Verordnung; und daß alle legislatorischen Rücksichten, daß der Geist unseres positiven Rechtes, daß die Analogie aller Bestimmungen desselben für die Verneinung jener Frage seien, ist im Obigen angedeutet worden. Welche Gründe stehen denn der Offenkundigkeit in Wahrheit entgegen? etwa Furcht vor der Neugierde eines Anwaltes? So verlange man Bescheinigung rechtlichen Interesse's (nach §. 5. der angeführten Verordnung).

Es ist wahrlich nicht nöthig, in Baden die formellen Schwierigkeiten der Rechts-Verfolgung noch zu vermehren!

Dr. Muncke.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Bei **Ch. Th. Groos** in **Karlsruhe** ist erschienen:

Process-Ordnung

in

bürgerl. Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doctrin für praktische Rechtsgelehrte

erläutert

von

Wilhelm Thilo,

Großherzogl. Bad. Hofgerichtsrathe in Rastatt.

57 Bogen Taschenformat gebunden. Preis 4 fl. 48 kr. oder Rthlr. 2. 18 ggr.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des zehnten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1843, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 1. Karlsruhe den 5. Februar 1842.

1) Art. 889.

Ein Erbe rebirte seine Erbansprüche an seine Miterben, bevor der Aktiv- und Passiv-Bestand der Erbmasse durch Inventar oder auf sonstige Weise hergestellt war, und ohne daß der Cessionsvertrag selbst über den ungefähren Werth oder die Bestandtheile etwas erwähnte, vielmehr geschah die Uebertragung ganz allgemein, „in was auch die Erbansprüche bestehen möchten" und nur „mit Gewährleistung eigener Handlungen und Versprechen." Diese Cession war durch einen Bevollmächtigten des Cedenten abgeschlossen worden, dessen Vollmacht dahin lautete, auf Bausch und Bogen zu unterhandeln. Später erfuhr der Cedent, daß die Erbschaft bei weitem bedeutender war, als er vorausgesetzt hatte, und griff die Cession an wegen Verletzung über ein Viertheil. Allein die Klage wurde verworfen, weil nach dem ganzen Inhalt des Vertrags und der Vollmacht die Absicht dahin gegangen sei, auf Gefahr des Uebernehmers zu cediren, wenn die Contrahenten sich auch nicht gerade dieses Ausdrucks bedient hätten, in welchem Falle nach obigem Artikel die Umstoßungklage nicht statt finde. Sirey 1840 I. p. 895.

2) Art. 1154.

Ein Bankier hatte einem Kaufmanne Credit eröffnet zu Vorschüssen und Wechselzahlungen, worüber jedes halbe Jahr abgerechnet wurde. Hierbei wurden jedesmal die Zinsen dem Kapital beigeschlagen, nnd dann aus beiden weitere Zinsen berechnet; sodann wurden jedesmal Commissionsgebühren angerechnet, und zwar nicht blos für die in der Rechnungsperiode wirklich gemachten Darleihen, sondern vom ganzen Guthaben, also auch für übertragene Darlehen aus früheren Perioden, wofür die Gebühr schon einmal berechnet war. Als Zahlung gefordert wurde, bestritt der Schuldner die halbjährigen Zinseszinsen und die Commissionsgebühren als verdeckten Zinswucher. Die erstern wurden indessen dem Bankier zuerkannt, weil die Grundsätze über gewöhnliche bürgerliche Darlehen auf Darlehen im Handel nicht anwendbar seien, vielmehr der Handelsgebrauch entscheide, wornach halbjährig kapitalisirt werde, welchen Gebrauch der Schuldner thatsächlich durch Annahme der Rechnung anerkannt habe. Die Kommissionsgebühren wurden gleichfalls — jedoch nur einfach für die wirklichen Darlehen jeder Periode — bewilligt, und zwar als eine im Handel übliche Entschädigung für die Gefahr, die der Darleiher auf sich nehme, und für seine Verbindlichkeit, Gelder unbenutzt für die Crediteröffnung bereit zu halten. Sirey 1840 I. p. 898.

3) Art. 9 und 17.

Der natürliche in Frankreich geborne Sohn einer Französin wurde, nachdem er längst volljährig geworden war, von seinem Vater, einem Portugiesen, anerkannt, und nahm auch diese Anerkennung an, indem er die Erbschaft seines Vaters antrat, und sich dessen Namen beilegte, auch sich vom König von Portugall als legitimirt erklären ließ: Obgleich er sich stets in Frankreich aufgehalten hatte, wurde wegen der gedachten Umstände dennoch erkannt, daß er kein Franzose (Inländer), sondern der Sohn eines Ausländers sei, der nur Inländer hätte werden können, wenn er die Förmlichkeiten des Art. 9 erfüllt hätte. —

Nach diesem Artikel kann die Eigenschaft nur innerhalb eines Jahrs nach erlangter Volljährig-

Digitized by Google

keit nachgesucht werden. Wird nun dem natürlichen Kinde der Vater erst später bekannt, so wäre es nach obiger Entscheidung in der schlimmen Lage, entweder die Anerkennung abzulehnen oder das Bürgerrecht zu verlieren. In diesem nicht vorgesehenen Falle dürfte nach dem Geiste des Gesetzes wohl auch ein späteres Nachsuchen von dem Bekanntwerden oder der Anerkennung des Vaters an zu gestatten seyn. Sirey 1840 I. p. 900.

4) Art. 499. 513.

Ein Entmündigter oder Mundtodter kann zwar Miethverträge ohne Mitwirkung seines Beistandes eingehen, da solche in der Regel nur Verwaltungshandlungen sind, die nicht unter die obigen Verbote fallen (Touillier II. Nr. 1378. Duranton III. Nr. 799). Allein es hatte ein Entmündigter Haus und Güter mit dem Geding vermiethet, daß zwei Jahrespacht-Zinse und ein Handgeld von gleicher Größe im Voraus entrichtet werden sollten; es war sodann bedungen, daß der Miether keine Brandgefahr übernehme; es war der Miether ein naher Verwandter, der mit dem geistesschwachen und dem Trunk ergebenen Vermiether in den Weinhäusern herumzog und für denselben gutsprach, so daß er auf dessen Handlungsweise den größten Einfluß übte; er hatte sich nach Abschluß des Miethvertrags bei Zeugen gerühmt, mit dem Entmündigten gute Geschäfte zu machen, und hatte offenbar nicht zum Gebrauch, sondern auf Speculation gemiethet, indem er Haus und Güter sogleich in Abtheilungen auf gewinnreiche Weise weiter vermiethete. Bei diesen Umständen wurde, als später der Entmündigte eine Nichtigkeitsklage erhob, angenommen, daß nicht nur der ganze Vertrag durch Gefährde zu Stande gekommen, sondern daß außerdem in dem Geding der Vorauszahlung ein verdecktes Darlehen enthalten sei; es wurde daher der Vertrag für nichtig erkannt und der Miether mit der Rückforderung des Bezahlten, als gegen ein gesetzliches Verbot geschehen, abgewiesen. Sirey 1840. I. p. 907.

5) A. S. 51.

Eine Gesellschaft zu einer Postunternehmung schloß mit einem ihrer Gesellschafter einen besondern Vertrag ab, wonach dieser für gewisse Stationen Relaispferde um einen bedungenen Preis stellen sollte und wobei ausgemacht wurde, daß dies die Bedingung sei, unter welcher er als Gesellschaftsgenosse gelten sollte. Später entstand Streit über die Größe der Stationen und über den Preis, sofort über die Frage, ob der Streit vor Schiedsrichter gehöre. Sie wurde verneinend entschieden, weil es sich um keine Gesellschaftsangelegenheit unter den Gesellschaftern handle. — Durch den besondern Vertrag kam der Gesellschafter zugleich in das Verhältniß eines Dritten und der Umstand, daß er nur, soferne er den Vertrag eingehe, oder so lange er ihn halte, Gesellschafter seyn sollte, änderte an der Natur jenes Rechtsverhältnisses nichts. Sirey 1840. I. p. 919.

6) Art. 1422.

Der Mann veräußerte ein zur Gütergemeinschaft gehöriges Gut gegen eine Leibrente für seine Person und mit Gewährleistung jeder Störung oder Eviktion. Er starb, und obgleich die Wittwe sein Universallegatar wurde, suchte sie dennoch den Verkauf als nichtig anzufechten, weil er nichts sey als eine verkleidete Schenkung, wozu der Mann nach obigem Satze nicht berechtigt gewesen sey. Sie siegte in erster Instanz, indem sie nicht größere Gewähr zu leisten habe, als ihr Mann, dessen Rechtsnachfolgerin sie sey, die Gewährleistung des Letztern sich aber nur auf die Hälfte beschränkt hätte, weil der Käufer von dem Miteigenthum der Frau gewußt, somit ungeachtet der bedungenen Gewährleistung anzunehmen sey, daß er auf seine Gefahr gekauft habe; endlich weil der Käufer an der Simulation, wodurch das Verbot der Schenkung habe umgangen werden sollen, Theil genommen habe. Allein in zweiter Instanz wurde die Klägerin abgewiesen, weil sie Rechtsnachfolgerin ihres Mannes die von letzterem ausdrücklich für alle Fälle übernommenen Gewähr zu leisten habe, und ihre dagegen ergriffene Kassation wurde, weil der Grundsatz: Quem de evictione tenet etc. richtig angewendet sey, verworfen. Sirey 1840. I. p. 922.

7) Art. 172. 194. 2121.

Unbestritten ist, daß auch der Ausländerin, die im Auslande einen Inländer heirathet, das gesetzliche Pfandrecht auf die inländischen Liegenschaften des Mannes zusteht (Zachariä B. §. 264. Anm. 15). Hat sie es aber auch dann, wenn der im S. 172 vorgeschriebene Eintrag in's Ehebuch unterblieben ist? Mehrere Gerichtshöfe und selbst der Kassationshof waren früher der Ansicht, daß sie es

Digitized by Google

alsdann nicht habe. Allein Troplong (hyp. No. 513 bis) nahm an, daß sie es auch dann noch habe, und nun hat sich der Kassationshof ebenfalls zu dieser Ansicht bekannt. Jeder im Ausland geschehene bürgerliche Staatsakt von Franzosen oder Fremden bestehe zu Recht, wenn er nach den im Auslande bestehenden Formen vorgenommen worden sey. Dies gelte auch von einer im Auslande zwischen Franzosen oder zwischen Franzosen und Ausländern eingegangenen Ehe, sofern nur in Frankreich die öffentlichen Verkündigungen statt gefunden hätten, und der Franzose die zur Eingehung einer Ehe im Inlande nöthigen Eigenschaften besitze. Wenn nun auch der S. 172 vorschreibe, daß der Inländer innerhalb 3 Monaten nach der Rückkehr den Eheschein in das Ehebuch seines Wohnortes eintragen zu lassen habe, so sey doch die Versäumung oder Unterlassung dieses Eintrags nicht mit einem Ausschluß oder mit Nichtigkeit bedroht. Ebenso sey auch der S. 194 nur reglementarisch, um nämlich den Vollzug der für das Inland bestehenden Vorschriften über bürgerliche Standesakte zu sichern, und beziehe sich daher nur auf Personen, welche im Inlande eine Ehe schließen. Dies folge nothwendig aus dessen Schlußsatz, wonach die in S. 46 gedachten Fälle ausgenommen seyen, d. h. Fälle, wo die (inländischen) Standesbücher nicht geführet worden oder verloren gegangen sind. Nun sey aber das gesetzliche Pfandrecht der Frau eine Wirkung und nothwendige Folge des bürgerlichen Standes der Frau oder der Ehe, die diesen Stand begründe, und bestehe daher, wenn die Ehe bestehe. Auch sey dies dem Grundsatze, daß ausländische Verträge im Inlande kein Pfandrecht gewähren, nicht entgegen, weil das Pfandrecht nicht Folge der Eheverträge, sondern des darauf erfolgten Ehebündnisses (celebration) seien und solche Ehebündnisse nicht sowohl als gewöhnliche bürgerliche Verträge, denn als Verträge des Völkerrechts anzusehen wären, gültig bei allen Völkern und in allen Landen, so fern sie glaubhaft nachgewiesen werden könnten. —

Auch die Frage, ob eine Ausländerin, die im Auslande einen Ausländer geheirathet hat, gesetzliches Pfandrecht auf die im Inlande gelegenen Güter des Mannes habe, wird (gegen Grenier, Duranton u. Zachariä) von Troplong (hyp. No. 513ter) bejaht, weil das Standesverhältniß, woraus das Pfandrecht folge, ein Dingliches sey (statut réel), ergreifend die Liegenschaften selbst, wer sie auch besitze. — Sirey 1840. I. p. 930.

8) Art. 1558.

In den Fällen, in welchen die Frau vom Gericht zur Veräußerung ihrer Dotalgüter ermächtigt werden darf, kann sie auch zur Verpfändung ermächtigt werden; denn der Art. 1554. gestatte auch die Verpfändung ausdrücklich für die in den folgenden Sätzen beschriebenen Fälle, und es habe daher einer Wiederholung dieses Ausdrucks in den spätern Sätzen nicht bedurft. Sirey 1840. I. p. 943.

9) C. de com. 447, Anh. S. 214, P.O. §. 834.

Duval, Commissionäre des Brodard, gab bei Letzterm fälschlich vor, er habe Wolle für ihn gekauft, und erhielt sofort von Brodard, als Vorauszahlung mehrere Billets auf Ordre. Diese Billets gab er dem Banlier Lefrançois als Zahlung für 7000 Fr., die er an diesen schuldete und Lefrançois zog auch am Verfalltage die 7000 Fr. bei Brodard ein. Einige Tage später fiel Duval in Gant und der Gantausbruch wurde zurückdatirt, so daß die vom Gantmann an L. geschehene Uebertragung der Billets in die letzten 10 Tage fiel. Jetzt forderte Brodard die 7000 Fr. wieder von L. zurück, theils weil er zur Ausstellung der Billets durch Betrug verleitet worden, theils weil die Uebertragung in den 10 Tagen geschehen sey, auch L. damals von der gänzlichen Verschuldung des Duval genaue Kenntniß gehabt habe, somit die Uebertragung nichtig sey. — Das Handelsgericht wies den Brodaed ab und an die Gantmasse; das Appellationsgericht aber erklärte die Uebertragung an L. für nichtig und verurtheilte denselben zur Rückzahlung aus den vom Klägee angeführten Geünden. Dieses Urtheil wurde jedoch kassiet als die Sätze 445 und 447 verletzend. Die gesetzliche Vermuthung, daß alle den Handel betreffenden Handlungen oder Verbindlichleiten, welche in die 10 Tage fallen, als betrüglich gelten sollen, könne als solche nur gegen den Gantmann, und nur von der Gantmasse oder zu deren Gunsten, geltend gemacht werden. Andernfalls sey der Beweis nöthig, daß von Seite des Dritten (Mitkontrahenten oder Zahlungsempfängees) Betrug unterlaufen ist. Das Uetheil erkenne aber an, daß L. an dem Betruge des Duval nicht Theil genommen, sondern daß er nur von der Ueberschuldung Kenntniß gehabt habe. Ee habe nur empfangen, was ihm gebührt, und selbst die Masse, (in deren Namen übeigens Brodaed nicht klage) wäre nicht zur Rückforderung

Digitized by Google

berechtigt gewesen, weil sie aus dem Betruge des Gantmanns keinen Vortheil ziehen können.

Früher hatte der Kassationshof entschieden, daß alle in die 10 Tage fallenden Zahlungen an Gläubiger, welche um die Ueberschuldung wußten, nichtig seyen, und dieser Satz ist jetzt in das neue französische Bankerottgesetz (447) aufgenommen worden, jedoch auch nur in dem oben ausgesprochenen Sinn, daß nämlich die Vermuthung nur der Gantmasse (der ganzen Gläubigerschaft), nicht Einzelnen, welche in ihrem besondern Interesse die Zahlung gegen den dritten Empfänger anfechten, zu gut komme. Die Absicht der Präsumtion ist, in der Gant keine Bevorzugung gestatten, wogegen der Gäubiger, der sich auffer die Gant stellt, dem gemeinen Recht unterliegt, d. h. er muß den Betrug beweisen. Sirey 1840. I. p. 944.

10) Art. 1315. 544°.

Eine Gemeinde verlangte an den Gutsbesitzer Hunot die Abtretung einer sumpfigen Strecke und der Beklagte wurde auch dazu verurtheilt in Betracht, daß kein Theil Eigenthumstitel vorgebracht hat; daß zufolge der Zeugenabhör Hunot und seine Vorgänger gleich andern Einwohnern der Gemeinde seit undenklicher Zeit Handlungen einer gemeinsamen Benützung vorgenommen haben, dagegen von Seite des Hunots oder seiner Vorgänger keine ausschließenden Besitzhandlungen statt fanden, welche zu ihren Gunsten eine Ersitzung begründen konnten; daß endlich zufolge erhobener Expertise Hunot mehr besitzt, als aus seinem Erwerbtitel folgt, demnach für sein Eigenthumsrecht kein Beweis vorliegt. — Anfechtung des Urtheils wegen Verletzung des Satzes 1315, wonach, wer Eigenthum anspreche, solches zu beweisen habe und nicht der belangte Besitzer. Allein Verwerfung der Kassation in Erwägung, daß nach dem Urtheil thatsächlich feststehe, der Beklagte habe keine ausschließliche Besitzhandlung vorgenommen, welche allein geeignet gewesen wäre, die von ihm vorgeschützte Verjährung zu fundiren. Sirey 1840. I. p. 958.

11) Art. 2213. 2214, P.O. §. 702. 726.

Zum Gerichtszugriff auf Liegenschaften gehört eine öffentliche vollzugsreife Urkunde. Fordert aber der Cessionar den Zugriff, muß er auch über die an ihn geschehene Cession eine öffentliche oder wenigstens eine gegen Dritte beweisende Privaturkunde beibringen? —

Tarrible lehrte dies; allein der Kassationhof verwarf diese Ansicht, weil in der öffentlichen Schuldurkunde die exekutorische Kraft liege und der Art. 2214. weiter nichts verlange, als die Verkündnug der Cession an den Schuldner. — Troplong als vortragender Rath bemerkt über die Frage, ob die Cessionsurkunde nicht wenigstens sicheres Datum haben müsse: zur Anfechtung der Aechtheit der Cessionsurkunde sey der Schuldner nicht berechtigt, weil er kein Interesse dazu habe; es genüge für ihn, daß der Cessionar die Schuldurkunde besitze und die Cession verkündet sey, um ihn gegen doppelte Zahlung zu decken. Wolle er sie aber deshalb bestreiten, weil der Cedent dies thun könne, so geschehe dies ex jure tertii, mithin ebenfalls unstatthafter Weise. Nimmt man diese Ansicht als richtig an, so wäre auch bei uns zur Erwirkung eines unbedingten Befehls, keine öffentliche oder öffentlich glaubhafte Privaturkunde über die Cession nöthig, weil das Begehren durch die öffentliche Schuldurkunde und öffentliche Verkündung der Cession in jeder erheblichen Hinsicht erwiesen wäre. — Sirey 1840. I. p. 962.

12) Art. 1470. 1471.

Die hier gestatteten Vorwegnamen finden in Natur nur alsdann statt, wenn die betreffenden Vermögensstücke in Natur theilbar sind, sonst werden sie nach Vorschrift der Sätze 827 u. 839 versteigert. Sirey 1840. I. p. 987.

13) Art. 873. 1075. 1300.

Die Eheleute Lerour übergaben ihren Kindern ihr ganzes Vermögen „einschließlich der Rechte, welche der Mutter „gegen den Vater wegen Veräußerung ihrer eheweiblichen „Liegenschaften zustehen." — Die Kinder wollten die Verkäufe anfechten, wurden aber abgewiesen, theils weil sie als Geschenknehmer des ganzen Vermögens ihres Vaters für dessen der Schenkung vorangehende Verbindlichkeiten persönlich haftbar seyen, ihnen daher der Grundsatz: Quem de evictione etc. entgegenstehe; theils weil eben wegen ihrer doppelten Eigenschaft als Gläubiger und Schuldner diese Ansprüche durch Rechtsvermischung (Art. 1300) erloschen wären. Sirey 1840. I. p. 994.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 2. Karlsruhe den 19. Februar 1842.

1) C. de com. 116, Anh. S. 14.

Handelsmann Suquet auf der Insel Martinique, welcher mit Chauvin in Marseille im Verkehr stand, zeigte dem letztern an, er habe mit einem andern Handelsmann auf Martinique — Lalanne — eine Handelsunternehmung auf Zucker abgeschlossen, in der Art, daß Lalanne den Zucker liefere, der dann an Chauvin zum weiteren Verschluß spedirt werde, und daß an der Unternehmung dem Lalanne ½, dem Suquet ¼ und dem Chauvin ¼ zu gut komme. Es kam nun von Suquet eine Sendung Zucker an Chauvin, zugleich aber auch ein Wechsel, zu zahlen von Chauvin nach Verfügung des Lalanne, ohne daß jedoch dem Chauvin gemeldet wurde, daß der ganze Werth des Zuckers zur Bedeckung des Wechsels dienen sollte. Chauvin nahm also an, der Zucker gehöre zufolge der verabredeten Handelsunternehmung nur zur Hälfte dem Lalanne, acceptirte daher den Wechsel nur für diesen Betrag und kompensirte die andere Hälfte des Zuckers mit Forderungen, die er an Suquet zu gut hatte. Als nun der Wechsel mit Protest an Lalanne zurückkam, erhob dieser Klage gegen Chauvin, worin er verlangte, daß er (Lalanne) als Eigenthümer des ganzen Zuckerwerthes, als der Bedeckung des Wechsels, erklärt werde. Zu diesem Ende suchte er zu beweisen, daß er mit Suquet übereingekommen sey, daß der ganze Preis des Zuckers zur Bedeckung des Wechsels dienen sollte, den Suquet für ihn ausstellte. Es behauptete, Suquet habe hiernach den ganzen Preis an Chauvin zu fordern gehabt, und solchen durch Ausstellung des Wechsels an ihn, den Kläger, übertragen, da der Wechselvertrag nichts anderes sey, als die Cession des Betrages, den der Wechselgeber bei dem Bezogenen stehen habe. — Die Klage wurde jedoch abgewiesen, und die Kassation verworfen. Es könne nemlich eine in Handen des Bezogenen befindliche Waare zu Gunsten des Ziehers (Wechselgebers) nur dann als Bedeckung gelten, wenn diese Bestimmung der Waare speziell vom Zieher ausgesprochen und vom Bezogenen acceptirt sey. Der Bezogene Chauvin habe aber von der dießfälligen Uebereinkunft zwischen Suquet und Lalanne gar keine Kenntniß gehabt, viel weniger dazu eingewilligt, und somit habe er den halben Werth des Zuckers mit dem, was ihm Suquet geschuldet, wettschlagen dürfen. Sirey 1840. I. p. 970.

2) Art. 475. 2121. 2135.

Findet der großjährig gewordene Pflegling, daß die Pflegschaftsrechnung seines Vormunds einer Umarbeitung oder Verbesserung bedarf, so steht ihm auch für die dadurch entstandenen Kosten das gesetzliche Pfandrecht zu, und zwar 10 Jahre lang nach erreichter Volljährigkeit, und nicht schon von Stellung der unrichtigen Rechnung an: denn so lange hat er ein Klagrecht wegen Ansprüchen jeder Art, die aus der Vormundschaft fließen. Sirey 1840. I. p. 995.

Entscheidungen der Gerichtshöfe.

3) Art. 1477.

Im Jahr 1836 starb die Frau des Bosquain, zwei Geschwister als Erben hinterlassend, und als inventirt wurde, verheimlichte Bosquain Staatspapiere, die zur Gemeinschaft gehörten, im Werth von mehr als 40,000 Fr.

Digitized by Google

Im nächſten Jahre ſtarb er als Selbſtmörder und eine minderjährige Nichte wurde ſeine Teſtamentserbin. Dieſe mit ihrem Pfleger zeigte ſogleich die Verheimlichung an und lud die Erben der Frau zur Theilung ein. Allein letztere beriefen ſich auf obigen Artikel, wonach Bosquain und ſomit auch ſeine Erbin des Antheils an den verheimlichten Papieren verluſtig geworden ſeien. Hiernach wurde auch in erſter Inſtanz erkannt; allein der Gerichtshof zu Paris erklärte die Nichte für berechtigt, an dem Verheimlichten zu Theil zu ſtehen, weil die Strafe nicht eintrete, wenn der Ehegatte das im Inventar Verheimlichte, noch ehe deßfalls ein Anſpruch erhoben worden, aus freiem Antriebe wieder beibringe, und das Recht, die Strafe auf dieſe Weiſe zu vermeiden, auch ſeinen Erben zu gut komme. — Aeltere und neuere Ausleger theilen dieſe Anſicht meiſtens aus dem Grunde, weil bei unaufgeforderter Rückgabe anzunehmen ſei, daß keine betrügliche Abſicht obgewaltet habe. Einige halten ſelbſt da, wo die betrügliche Abſicht unzweifelhaft vorhanden war, alſo durch die Gegenvermuthung nicht zu beſeitigen iſt, die Strafe durch die Rückgabe für abgewendet. Sirey 1840. II. p. 50.

4) Art. 960. 1046.

Iſt der Teſtator, obgleich ihm ſpäter ein Kind geboren wurde oder er wußte, daß ſeine Frau ſchwanger iſt, ohne Rücknahme oder Aenderung ſeines Teſtaments geſtorben, ſo bleiben die darin enthaltenen Verfügungen beſtehen, gelten nicht für widerrufen. Wie aber, wenn ihm die Schwangerſchaft ſeiner Frau unbekannt war? — Hierüber ſind die Anſichten getheilt. Der Gerichtshof zu Nimes ſah ein ſolches Teſtament nicht als widerrufen an, weil die ältern Geſetze und gerichtlichen Entſcheidungen, auf die ſich die Gegner beriefen, außer Kraft ſeien, und ſich aus obigen Artikeln klar ergebe, daß nach jetzigem Recht die Nachkunft von Kindern nicht als Grund zum Widerruf teſtamentariſcher Verfügungen, ſondern nur unter Lebenden gelten ſoll. Denn der Art. 960 beziehe ſich ausdrücklich nur auf Schenkungen unter Lebenden und könne als Ausnahme von der Regel, daß Schenkungen unwiderruflich ſein ſollen, nicht analog auf Teſtamente ausgedehnt werden; andrerſeits ſei der Art. 1046, welcher von der Anwendung des Schenkungswiderrufs auf Teſtamente handle, reſtriktiv, indem er ausſpreche, daß nur die im Art. 954 und in den zwei erſten Sätzen des Art. 955. bezeichneten Urſachen des Schenkungswiderrufs auf teſtamentariſche Begünſtigungen Anwendung finden ſollen, zu welchen Urſachen die Nachkunft von Kindern nicht gehöre. Sirey 1840. II. p. 98.

5) Retentionsrecht.

Eine verpfändete Liegenſchaft, die als Dotalgut in die Ehe eingebracht war, wurde verkauft und der Erlös zur Zahlung an die Pfandgläubiger angewieſen. Später wurde auf Klage der Erben der Frau der Verkauf für nichtig erklärt, jedoch dem Käufer das Recht eingeräumt, das Gut ſo lange im Beſitz zu behalten, bis ihm die Erben das an die Pfandgläubiger Bezahlte erſtattet hätten. Auf Appellation der Erben hob indeſſen der Gerichtshof zu Limoges dieſe Beſchränkung auf, in Betracht, daß im Fall der Vernichtung eines Dotalgutverkaufs kein Geſetz den Käufer ermächtige, bis zum Erſatz der für die Frau bezahlten Schulden im Genuſſe zu bleiben, daß vielmehr dem Käufer kein größeres Recht zuſtehe, als dem Pfandgläubiger, in deſſen Rechte er durch die Zahlung eingetreten ſei, nämlich das Gut verſteigern und ſich auf den Erlös anweiſen zu laſſen. Sirey 1840. II. p. 102.

6) Art. 1597. 1700.

Der Gerichtshof zu Lyon erkannte, daß zum Begriff der ſtreitigen Rechte, welche öffentliche Diener ꝛc. zufolge 1597 nicht erwerben dürfen, nicht ein Streit vor dem Richter erforderlich ſei, wie dies im Art. 1700 für die Fälle des 1699 verlangt werde, ſondern daß genüge, wenn die erworbenen Rechte von der Art ſeien, daß ein Rechtsſtreit mit Grund vorausgeſehen werden könne (droits susceptibles des discussions judiciaires prévues et sérieuses). Es herrſcht hierüber unter den Auslegern kein Streit. Troplong vente N. 200. Duvergier vente N. 199. Beiblatt 1841. S. 30. No. 11. Sirey 1840. II. p. 104.

7) Art. 1120. 1121.

Caſtanet kaufte Liegenſchaften im Namen ſeiner Frau, zwar ohne deren Auftrag, aber gutſtehend für ihre Einwilligung, und verkaufte ſolche dann, ehe die Frau eingewilligt, an einen Dritten. Die Frau, die

Digitized by Google

den Dritten auf Herausgabe belangte, wurde abgewiesen, weil aus obigen Sätzen folge, daß Castanet in so lange, als seine Frau nicht eingewilligt, den Namens derselben geschlossenen Kauf widerrufen konnte, derselbe ihn auch durch den Verkauf an den Dritten widerrufen habe, somit die Frau niemals Eigenthümerin geworden sei. Sirey 1840. II. p. 110.

8) Art. 2279.

Chauvet, der eine auf Inhaber lautende Pariser Stadtobligation verloren hatte, belangte den Letort, der solche auf der Börse von dem Händler Sicard erkauft hatte, auf Herausgabe gegen Erstattung des Kaufpreises, zugleich aber auch den Händler Sicard, der die Obligation von einem Unbekannten aus der Hand gekauft haben wollte, auf Ersatz des an Letort zu bezahlenden Preises. Letort machte keinen Einwand; Sicard aber wendete ein: er habe die Obligation, da sie auf Inhaber laute, durch Ankauf aus der Hand gültig erworben, und jedenfalls gestatte der S. 2279 dem Eigenthümer der verlorenen Sache nur die Vindikation gegen den wirklichen Besitzer, nicht aber eine Klage gegen die früheren Besitzer auf Ersatz des Preises, den er an den letzten Besitzer zu zahlen habe, vielmehr stehe eine solche Klage nur dem Letztern zu, falls er ein Interesse dazu habe. — Allein es wurde erkannt, Letort habe die Obligation gegen Empfang des Kaufpreises an Chauvet herauszugeben und Sicard habe dem Chauvet diesen Preis wieder zu ersetzen. Letort habe nämlich die Obligation auf der Börse erkauft und sei gemäß Art. 2280 nur gegen Ersatz zur Herausgabe schuldig. Allein auch außer den Fällen dieses Artikels gestatte der Art. 2279 dem Eigenthümer einer gestohlenen oder verlorenen Sache, solche drei Jahre lang zu vindiziren, und diese Befugniß gründe sich auf die Vermuthung, daß der erste bekannte Inhaber, der nicht gemäß Art. 2280 erworben habe, kein gesetzmäßiger Besitzer sei. Könne nun der Eigenthümer gegen einen solchen Inhaber vindiciren, so könne er auch, wenn der Inhaber nicht mehr besitze, den Preis statt der Sache fordern, weil sonst der Inhaber nur (wirklich oder zum Schein) verkaufen dürfte, um sich den Werth der Sache zu erhalten und die Absicht des Gesetzes zu vereiteln. Die fraglichen Stadtobligationen könnten nun zwar von Hand zu Hand gekauft werden; allein ein öffentlich glaubhafter Verkauf geschehe nur auf der Börse unter Vermittelung der dortigen Agenten, während Sicard außer der Börse von einem Unbekannten gekauft haben wolle. Sicard sei zwar selbst öffentlicher Händler, allein das Gesetz begünstige nur die Verkäufe solcher Händler, nicht die Ankäufe, und Sicard habe in seiner gedachten Eigenschaft nur um so mehr auf glaubhafte Weise (nicht ohne Kenntniß der Person, des Namens, Rechnungsbeleg u. s. w.) kaufen sollen. Sirey 1840. II. p. 114.

9) Art. 1096. 1166.

Alle Schriftsteller (auch Zacharia B. IV. S. 416) nehmen an, daß die von einem Ehegatten an den andern während der Ehe gemachte Schenkung verfalle, wenn der beschenkte Ehegatte vor dem Schenkenden sterbe. Der Gerichtshof zu Limoges hat sich gegen diese Ansicht ausgesprochen. Die Coutume von Paris habe Schenkungen während der Ehe ganz untersagt, während solche nach altem römischem Recht auf den Todesfall gestattet gewesen, und das neuere römische Recht dieselben auch unter Lebenden gestattet habe, jedoch in der Art, daß der Schenker sie stets widerrufen durfte und daß sie verfielen, wenn der beschenkte Ehegatte vorabsterbe. L. 6 C. de don. inter vir. et ux. — Der C. a. habe sich nun zwar dem neuern röm. Recht angeschlossen, namentlich auch hinsichtlich des freien Widerrufs, allein daß die Schenkung durch Vorabsterben des beschenkten Ehegatten verfallen sollte, diese Beschränkung habe er weder direkt noch indirekt angenommen. Dies könne auch keinem Versehen beigemessen werden, da dem Gesetzgeber eben das röm. Recht vorgeschwebt und er auch bei andern Schenkungen (Kapit. 5. Abschn. 8. und Art. 1089) Grundsätze über Caduzität aus dem röm. Recht aufgenommen habe. Auch habe er keine Ursache gehabt, diesen Erlöschungsgrund aufzunehmen, weil der schenkende Ehegatte die Wirkungen seiner Schenkung im Voraus bemessen oder eine andere Form wählen könne, besonders aber weil es ihm freistehe, die Schenkung jederzeit, so lange er lebe, ohne Angabe eines Grundes zu widerrufen. Eine solche Schenkung sei auch keine Schenkung auf den Todesfall, so daß der Beschenkte den Schenker überleben müßte, sondern eine gleichbaldige, nur durch den Widerruf wieder auflösbare Begebung, und gehe daher nach dem Tode des Beschenkten auf dessen

Digitized by Google

Erben über. (Beiblatt 1840. S. 49.) Man berufe sich zwar (hauptsächlich Duranton B. IX. No. 777.) auf Art. 1086 und 1089, wonach eine Schenkung, worin der schenkende Ehegatte sich über gewisse mitgeschenkte Stücke andere Verfügung vorbehalte, verfalle, wenn der Beschenkte und dessen Nachkommen vor dem Schenker sterben sollte. Allein von dieser besondern bedingten Schenkungsart ließe sich nicht auf jene des Art. 1096 schließen; denn in letzterm Fall bedürfe der Schenker der Caduzität nicht, weil er stets die ganze Schenkung nach Belieben widerrufen könne; im Falle 1086 aber könne er nur über die vorbehaltenen Stücke verfügen, sich selbst nicht mehr in den Besitz derselben setzen, noch weniger die ganze Schenkung vernichten, und nur die Caduzität könne ihm noch Vortheil gewähren. — Aus 1092 lasse sich nicht a contrario schließen, wo die anderwärts erkennbare Absicht des Gesetzgebers entgegen sei; ebenso wenig zulässig sei eine Analogie aus 1093, weil dieser Satz Schenkungen über künftiges Vermögen im Auge habe, also Erbeinsetzungen, wobei freilich der Beschenkte den Schenker überleben müsse. —

Im vorliegenden Fall hatte der schenkende Ehemann sein Haus, worauf der beschenkten Frau für die Schenkung Pfandrecht zustand, an einen Dritten verpfändet, und es fragte sich, ob hierin kein Schenkungswiderruf liege, zumal das Haus zur Deckung der Frau und des Dritten nicht hinreichte. Man nahm keinen Widerruf an, theils weil der Mann zur Zeit der Verpfändung den Werth für hinreichend erachtet haben mochte, theils weil er von seinen Gläubigern gedrängt war und sich durch die Verpfändung zu helfen suchte. Toullier V. Nr. 924.

Endlich entschied der Gerichtshof, daß nur dem Ehemann für seine Person, nicht dessen Gläubigern (1166) das Recht des Widerrufs zustehe, weil die Motive hierzu nur der Mann würdigen könne, solche wesentlich auf dem persönlichen Verhältnisse der Eheleute unter sich beruhten und sonst die Gläubiger jedesmal den Widerruf geltend machen würden. Sirey 1840. II. p. 242.

10) Art. 1302. 1733.

Ein von einer Wittwe gemiethetes, auf einem Schiff erbautes Bad brannte ab. Der Eigenthümer erhielt von der Brandversicherungsgesellschaft seinen Ersatz, und Letztere, in dessen Rechte eintretend, belangte die Wittwe auf Entschädigung. In erster Instanz nahm man an: Aus Art. 1302 folge nicht, daß der Beklagte außer dem Zufall auch seine Schuldlosigkeit beweise, weil sonst die Befreiung durch Zufall fast gar nie eintreten könnte, und eine Feuersbrunst sei ihrer Natur und dem Gesetze nach ein Zufall (624), der für den Miether die Vermuthung der Schuldlosigkeit begründe, bis der Eigenthümer das Gegentheil beweise. Der Art. 1733 sei eine Ausnahme von 1302 und passe nicht auf vermiethete Fahrniß, wohin — im weitesten Sinne genommen — das fragliche Bad gehöre. Jedenfalls sei dasselbe kein Gebäude von der Art, wie 1733 unterstelle, nämlich kein geschlossenes, bewohntes, daher leichter zu bewachendes Haus, sondern ein unbewohnbares, stets offenes, dem Publikum überlassenes Werk ꝛc. — Das Appellationsgericht zu Lyon dagegen legte der Mietherin den Beweis gemäß S. 1733 auf, daß der Brand durch Zufall, höhere Gewalt oder Fehler der Construktion ꝛc. entstanden sei, indem S. 1302 von dem Princip ausgehe, daß der Schuldner einer bestimmten Sache, die zu Grund gegangen, sich nur durch den Beweis befreien könne, daß sie durch reinen Zufall, also ohne seine Schuld zu Grund gegangen sei, und weil der S. 1733 nur eine specielle, übrigens auf Bauwerke jeder Art gehende Anwendung jenes Prinzips enthalte. — Mit weitern Gründen wird die erstere Ansicht von Proudhon (usufruit No. 1540) und die letztere von Troplong (vente No. 402) vertheidigt. Sirey 1840. II p. 275.

11) Art. 1338. 2124.

Dnforest, der sein Haus während seiner Minderjährigkeit verpfändet hatte, bestätigte diese Verpfändung, nachdem er großjährig geworden, jedoch auch schon verheirathet, das Haus mithin vom gesetzlichen Pfandrechte der Frau ergriffen war. Später erkaufte ein Dritter das Haus, und als es diesem versteigert wurde, fragte es sich, ob dem Pfandgläubiger oder der Frau der Vorzug aus dem Erlös gebühre? Es wurde zu Gunsten der Frau entschieden, weil die frühere Verpfändung durch die Ratifikation zwar gültig geworden sei, jedoch nach 1338 nicht zum Nachtheil der Rechte Dritter, also nicht zum Nachtheil des inzwischen erworbenen gesetzlichen Pfandrechts der Frau. Sirey 1840. II. p. 294.

Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 3. Karlsruhe den 2. April 1842.

1) Art. 841.

Dieses Einstandsrecht hat der Erbe nicht schlechthin kraft seiner Eigenschaft als Erbberechtigter, sondern er muß auch wirklich zur Theilung gelangen, denn er schließt den Cessionar zufolge des Artikel „von der Theilung" aus. Hat er daher seine Erbansprüche cedirt, so kann er gegen die Cessionare seiner Miterben das Einstandsrecht nicht geltend machen (Toulouse). Sirey 1840 II. p. 318.

2) Art. 1661.

Bei der zum Wiederkauf bestimmten Frist wird der dies a quo nicht mitgerechnet. Ist dieses ausgemacht, daß der Wiederkauf in 5 Jahren vom 20. Mai 1823 stattfinde, so kann er noch am 20. Mai 1828 ausgeübt werden. So entschied auch der Cassationshof. A. M. ist Villargue. Sirey 1834 I. p. 216, 1840 II. p. 319.

Der Wiederkäufer ist nicht schuldig, innerhalb der Frist den Kaufschilling baar anzubieten oder zu hinterlegen, sondern er muß dem Käufer nur seinen bestimmten Willen erklären, daß er nicht anders, als gegen den gesetzlichen Ersatz das Wiederkaufsrecht ausüben wolle. Dies folgt aus 1662 und 1673; denn nach dem erstern Satz wird das Eigenthum des Käufers nur dann unwiderruflich, wenn die Wiederkaufsklage nicht rechtzeitig erhoben wurde, während nach letzterem der unterlassene Ersatz nur die Besitzrückgabe an den Wiederkäufer verzögert. Auch soll nach letzterem Satze die Rückgabe des Kaufpreises und die Vergütung zugleich geschehen, weil an beide dieselbe Folge geknüpft wird, und doch kann die Vergütung (für Kaufskosten, Ausbesserungen ꝛc.) nicht sogleich stattfinden, weil sie nicht liquid ist (vergl. 2184). (Nimes).

Dieser Ansicht ist auch Troplong (vente Nr. 719), wogegen Duvergier (vente Nr. 27) verlangt, daß der Wiederkäufer seine Absicht, Preis und Vergütung zu zahlen, nicht blos mit Worten erkläre, sondern auch den Willen thatsächlich bewähre, also wenigstens (anstatt förmlicher Hinterlegung) den Preis baar anbiete, ehe er klage; denn die Zahlung sei die eigentliche, den Kauf wiederauflösende Bedingung. Sirey 1840 II. p. 320.

3) Art. 1387.

Auch außer der Dotalehe können die Eheleute übereinkommen, daß die Liegenschaften der Frau nur unter gewissen Bedingungen z. B. der Wiederanlegung veräußerlich sein sollen. Unterbleibt diese Wiederanlegung, so kann der Verkauf von der Frau und deren Eeben wieder aufgehoben werden. Diese im Interesse der Frau und der Familie gesetzte Bedingung ruht auf den Liegenschaften selbst, und geht auf die Käufer über, es ist damit das dingliche Standesverhältniß (eheliche Vermögensverhältniß, statut réel) der Frau unabänderlich festgesetzt; durch die Annahme freier Veräußerlichkeit würde man eine direkte Veränderung des Ehevertrags zugeben, die nach 1395 unstatthaft sei; man würde an die Stelle der beschränkten Veräußerlichkeit eine bloße Ersatzklage gegen den Mann setzen und der Frau die Sicherheit rauben, die sie nur in ihren Gütern suche und finde. Dieser Aufhebungsklage begiebt sich die Frau nicht dadurch, daß sie den Empfang des Kaufpreises mit dem Manne quittirt, eben wegen der Unveränderlichkeit des Ehevertrags (Lyon).

Hinsichtlich des Zeitraums, innerhalb welcher die Wiederanlegung stattfinden müsse, um die Klage der Frau zu

Digitized by Google

beſeitigen, wurde erkannt, daß ſie z. B. im Fall einer Vermögensabſonderung vor dieſer, in jedem Fall aber vor Auflöſung der Ehe zu geſchehen habe (Riom und Toulouſe). Später kann ſich z. B. der Käufer nicht mehr durch Anbietung des Preiſes oder einer andern Liegenſchaft vor der Abtretung ſchützen (Rouen). Sirey 1840 II. p. 323. 146. 389.

4) Art. 880. Abſ. 2.

Auch hinſichtlich des Preiſes von Liegenſchaften findet die Abſonderungsklage 30 Jahre lang ſtatt und nicht blos 3 Jahre, ſofern die Liegenſchaften erſt nach dem Tode des Erblaſſers veräußert wurden, und bewieſen werden kann, daß der Preis noch in den Händen des Erben vorhanden iſt (um ſo mehr alſo, wenn er noch ausſteht). Denn alsdann fielen die Liegenſchaften noch als ſolche in die Hand des Erben und der Preis tritt an deren Stelle. (Nimes). Sirey 1840 II. p. 368.

5) Art. 1554.

Sehr beſtritten iſt die Frage, ob die Dotalgüter der Frau auch nach aufgelöster Ehe dotal oder unveräußerlich bleiben, ſo daß ſie wegen Schulden, welche die Frau während der Ehe kontrahirt hat, nicht angegriffen werden können. Der Gerichtshof zu Caen nahm an, daß ſie nicht angegriffen werden können. Nun aber hatte ſich eine Frau ihre gegenwärtigen und künftigen Güter als Eheſteuer bedungen (1542), es waren ihr auch nach aufgelöster Ehe wirklich noch Güter anerfallen und es fragte ſich, ob auch dieſe Güter nicht wegen der Eheſchulden der Frau angreifbar ſeien? Im Jahre 1835 entſchied der Gerichtshof, ſie unterlägen dem Angriff: In Dotalehen ſei die Frau nicht perſönlich zu Verbindlichkeiten unfähig (1124, 1387), ſondern nur ihr Dotalvermögen unveräußerlich, ſo daß keine während dieſer Unveräußerlichkeit entſtandene Schuld darauf geltend gemacht werden könne. Daher frage ſich nur, ob auch die nach der Ehe anerfallenen Güter Dotalgüter ſeien, und dies ſei nicht der Fall. Denn nach 1540 ſei die Eheſteuer zur Beſtreitung der Ehelaſten beſtimmt und dazu könnten nur Güter dienen, welche noch während der Ehe anfielen. Sonſt bliebe die Frau hinſichtlich ihrer Eheſchulden für immer unverbindlich alſo perſönlich unfähig.

Im Jahre 1840 ging jedoch der Gerichtshof zur entgegengeſetzten Anſicht über: Nach 1541 ſeien alle Güter dotal, welche im Ehevertrag dazu beſtimmt würden und darunter könnten auch Güter fallen, welche die Eheleute, obgleich anerfallen, dennoch während der Ehe nicht zu genießen hätten, ja auch bloße Anwartſchaften auf Güter, welche der Frau erſt nach der Ehe anfielen z. B. Erbeinſetzungen im Ehevertrag. Denn 1387 geſtatte den Ehegatten, ihre Eheverträge einzurichten, wie ſie immer wollen, und 1542 geſtatte namentlich und unbeſchränkt, auch künftige Güter als Eheſteuer zu ſetzen. Das Geſetz habe der Frau in ihrem und ihrer Familie Intereſſe ein Mittel geben wollen, ſich ihr ganzes Vermögen zu erhalten. Wollte man aber annehmen, ſie hafte mit den nach der Ehe anerfallenen Gütern für ihre Eheſchulden, ſo wäre der Zweck des Dotalverhältniſſes vernichtet und in Fällen, wo der Frau all ihr Vermögen erſt nach der Ehe anfiele, könnte ſie alles für Schulden opfern müſſen, die ſie unter der Einwirkung des Mannes oder aus Schwäche während der Ehe einging, ſelbſt ihr elterliches Vermögen, wenn der Mann vor den Eltern ſtürbe. Es würde dann im Voraus veräußert, was ſie ſich für alle Wechſelfälle der Ehe bewahren wollte, und was ſie ſogleich nicht veräußern durfte. Für die Gläubiger genüge, daß ſie ſich Kenntniß vom Eheverhältniß verſchaffen könnten, daß ſie wüßten, nur das Paraphernalvermögen der Frau gebe ihnen Sicherheit. — Anſichten von Schriftſtellern über dieſe neue Streitfrage ſind nicht bekannt, doch enthält Sirey für und gegen ausführliche Gutachten. Sirey 1840 II. p. 402.

6) Art. 206.

Die anerkannte uneheliche Tochter der Frau L. heirathete den B. und ſtarb mit Zurücklaſſung mehrerer Kinder aus dieſer Ehe. Nun foderte die natürliche Mutter L. an ihren Tochtermann B. Alimente, dieſer aber wendete ein, daß er mit der natürlichen Mutter ſeiner Frau in keinem geſetzlichen Schwägerſchaftsverhältniſſe ſtehe, und die uneheliche Kindſchaft nicht begünſtigt werde. Der Gerichtshof zu Paris erkannte ihn jedoch für ernährungspflichtig, weil 206 die Schwiegerſöhne, gleich den Kindern ſelbſt, dazu verpflichte, die Ernährungspflicht der Kinder aber ebenſowohl den natürlichen als den ehelichen obliege. Sirey 1840 II. p. 426.

Digitized by Google

7) Art. 1174.

Ein Haus war in der Art vermiethet, daß der Miether so lange darin bleiben könne, als es ihm gefalle. Der Käufer des Hauses griff den Miethvertrag an, als auf einer reinen Potestativbedingung beruhend, wurde aber abgewiesen. Man könne nicht sagen, die Miethe bestehe ohne gegenseitige Verbindlichkeit oder ihre Dauer sei gänzlich unbestimmt, sondern die Absicht sei, daß sie auf die ganze Lebzeit des Miethers oder wenigstens so lange daure, als der letztere seine Verbindlichkeiten erfülle, widrigenfalls die Auflösung das Endziel bilde. — So auch Toullier B. VI. Nr. 497 und Duvergier Louage Nr. 517.

8) Art. 1444.

Die Gläubiger des Mannes sind nicht berechtigt, die von der Frau erwirkte Vermögensabsonderung wegen Mangel des Vollzugs anzufechten, wenn sie selbst an den verspäteten Vollzugshandlungen Theil genommen haben. Der Gläubiger (Vater der Ehefrau) hatte nämlich nicht nur beim Absonderungsprozeß, sondern auch bei der Beschlagnahme der Mobilien ꝛc. mitgewirkt, die Kosten bezahlt, den Anwalt instruirt. Sirey 1840 II. p. 497.

9) Art. 475. 2251. 2258.

Der Vater starb mit Zurücklassung von Kindern erster und zweiter Ehe, ohne den Kindern erster Ehe, deren gesetzlicher Vormund er war, Rechnung gestellt zu haben. Der Nachlaß blieb lange ungetheilt, bis die Kinder erster Ehe Theilung und dabei zugleich an die Masse Rechnungsstellung foderten. Da sie aber weit über 10 Jahre großjährig geworden waren, setzten die Kinder zweiter Ehe ihnen hinsichtlich der Rechnungsstellung die Einrede der Verjährung (475) entgegen. Diese Einrede wurde für gegründet erachtet, weil die Kinder bezüglich auf die Rechnungsstellung nicht als Erben, sondern als ehemalige Mündel klagten, nach 2251 die Verjährung gegen jedermann laufe, soweit kein Gesetz eine Ausnahme begründe, eine solche Ausnahme aber für den Fall, daß unter den Erben noch nicht getheilt sei, nicht bestehe, zumal jeder Erbe sogleich auf Theilung klagen, und hierbei das Ergebniß seiner Vormundschaftsrechnung geltend machen könne; weil endlich, wenn die Ungetheiltheit der Erbmasse die Verjährung der Vormundschaftsklagen suspendiren würde, diesen Klagen eine gleiche Unverjährbarkeit wie Erbschaftsklagen eingeräumt werden müßte.

Wegen der Verschiedenheit beider Klagen wurde ferner entschieden, daß durch die erhobene Klage auf Erbtheilung die Verjährung der Klage auf Rechnungsstellung nicht unterbrochen worden sei (Limoges). Sirey 1840 II. p. 519.

10) Art. 2131.

Ist das allgemeine gesetzliche Pfandrecht auf gewisse Güter beschränkt worden, und diese Güter werden zur Deckung des Gläubigers unzureichend, so kann dieser gesetzliche Pfandgläubiger die Ergänzung ebenso fodern, wie der vertragsmäßige. Sirey 1840 II. p. 537.

11) Art. 1498.

Wollen Eheleute die Gütergemeinschaft auf die künftige Errungenschaft beschränken, also ihr am Hochzeitstag bestehendes Fahrnißvermögen ausschließen, so fragt es sich, ob der positive Ausdruck: daß unter ihnen eine Errungenschaftsgemeinschaft bestehen soll, genüge und nicht vielmehr ausgedrückt sein muß, daß nur eine solche Gemeinschaft unter ihnen bestehen soll? Merlin und Toullier (B. 13 Nr. 317.) halten den ersteren Ausdruck für ungenügend, weil nach dem Gesetze alle Fahrniß für gemeinschaftlich gelte, und eine Ausnahme hiervon auf ganz unzweideutige Weise ausgedrückt sein müsse, auch Art. 1498 die zweite Ausdrucksweise vorschreibe: Duranton dagegen (B. 15 Nr. 8) findet in letzterem Artikel eine bestimmte Formel nicht vorgeschrieben und glaubt, daß durch den Ausdruck Errungenschaftsgemeinschaft die gewöhnliche Gütergemeinschaft deutlich genug ausgeschlossen sei. Für diese Ansicht hat sich jetzt auch der Kassationshof ausgesprochen, indem er wenigstens in den Worten des Ehevertrags: „die künftigen Eheleute verbinden sich auf gleichen Antheil an allem Fahrniß- und Liegenschaftserwerb, den sie während der Ehe machen werden", das Geding einer Errungenschaftsgemeinschaft gemäß 1498 anerkannte. Sirey 1841 I. p. 11.

12) Anh. S. 137. 138. 187.

Dufat stellte dem Jeulin einen eigenen Wechsel (Billet auf Ordre) aus, und dieser indossirte solchen auf Bazire, indem er jedoch nur beisetzte, daß er den Werth

Digitized by Google

baar empfangen habe, ohne den Namen des Bazire, auf dessen Verfügung der Wechsel übergehen sollte, anzuführen. Als nun am Verfalltage Bazire dem Dujat den Wechsel präsentirte, erklärte dieser: wegen des unregelmäßigen Indossements sey Jeulin Eigenthümer des Wechsels geblieben, indem das Indossement für Bazire nur als Vollmacht gelte (138), und da er, Dujat, Forderungen an Jeulin zu machen habe, so setze er dem Bazire als dessen Bevollmächtigten die Einrede der Compensation entgegen. Bazire erbot sich zum Beweise, daß er es gewesen, der dem Jeulin den Werth bezahlt habe, wodurch das Indossement ergänzt werde. Das Untergericht wies die Klage des Bazire ab, wogegen der Gerichtshof zu Paris den Ergänzungsbeweis zuließ, und sofort den Wechselaussteller Dujat unter Verwerfung der Compensation zur Zahlung verurtheilte, weil die gesetzliche Bestimmung, daß ein unregelmäßiges Indossement nur als Vollmacht wirke, nur eine Vermuthung aufstelle, welche durch den Beweis der vom Inhaber wirklich geleisteten Zahlung und des dadurch erworbenen Uebergangs des Wechsels aufgehoben werde. — Der Kassationshof kassirte jedoch dieses Urtheil: Zufolge 138 C. comm. werde durch das Indossement, welches den Namen des Uebernehmers nicht enthalte, das Eigenthum des Wechsels nicht auf den letztern übertragen, sondern nur Vollmacht ausgestellt und nach 187 gelte dies auch für eigene Wechsel. Gegenüber dem Indossanten könne nun zwar der Inhaber die wirkliche Uebertragung auch durch andere Mittel beweisen, nicht aber gegenüber dem Aussteller, indem hierzu das Indossement selbst den Beweis enthalten müsse, widrigenfalls der Indossant fortwährend als Eigenthümer gelte, mithin auch gegen diesen, den der Inhaber nur vertrete, noch immer Compensation stattfinde. Sirey 1841 I. p. 28.

13) Art. 570. 2073.

Dolfuß erhielt von Grillet 3000 Stücke Zeug, um sie alle auf gleiche Form zu drucken. Er lieferte nach und nach die Hälfte der Zeuge gedruckt wieder ab, so daß er für den Druck 12,000 Fr. gut hatte, als Grillet in Gant fiel. Nun behielt Dolfuß die andere ebenfalls schon gedruckte Hälfte zurück, bis die Druckkosten für das Ganze mit 24,000 Fr. bezahlt würden; die Gantmasse dagegen hielt sich berechtigt, die Herausgabe der zweiten Hälfte gegen Ersatz der für diese allein schuldigen Druckkosten zu fodern. — Beide Instanzen wiesen — unter Anerkennung des Retentionsrechts des Dolfuß — die Gantmasse ab. Letztere suchte auszuführen, daß dem Fabrikanten einmal kein Vorzugsrecht zustehe, weil nach S. 2102 nur Kosten, die zur Erhaltung einer Sache aufgewendet werden, bevorzugt seien, und dann auch kein Retentionsrecht, weil solches nur rücksichtlich der Zeuge, welche der Beklagte noch besitze, und der darauf verwendeten Arbeit geltend gemacht werden könne, nicht aber auch für die bereits abgelieferten Stücke. Allein die Kassation wurde verworfen in Betracht, daß sämmtliche Stücke zur gleichen Bearbeitung durch ein und denselben Vertrag übergeben worden seien, und somit ein keiner Theilung unterliegendes Ganze bildeten, daher der zurückgebliebene Theil allerdings zur Retention für die Kosten des abgelieferten dienen könne. — So auch Pardessus (droit com. Nr. 1202) und Troplong (hyp. Nr. 259). Sirey 1841 I. p. 34.

14) C. de proc. 27., P. O. §. 760.

Graf Mosburg erwirkte gegen seine Nachbarin Mouchy ein possessorisches Urtheil vom 5. Jänner 1835, daß sie nämlich ihr Bauwerk, soweit es sich auf das Eigenthum des Mosburg erstrecke, wieder niederzureißen und Alles in den vorigen Stand herzustellen habe. Am 16. Jänner 1835 verkaufte die Mouchy ihr Haus an Bavour durch einregistrirte Privaturkunde, und es hieß darin: es werde nur ein schon früher, nämlich vor Anfang des Bauwerks mündlich abgeschlossener Verkauf beurkundet, und Bavour sei daher rückwirkend bis zu diesem Zeitpunkt der Eigenthümer des Hauses. Am 10. October 1835 trat nun Bavour mit einer petitorischen Klage gegen Mosburg auf, womit er die streitige Stelle als Eigenthum foderte, während Mosburg prozeßbindernd einwendete, Bavour als Nachfolger der Mouchy habe vorerst das possessorische Urtheil zu vollziehen. In beiden Instanzen wurde diese Einrede verworfen, weil erwiesen sei, daß zur Zeit der possessorischen Klage Bavour bereits den Besitz des Hauses animo domini gehabt, auch daß er der Urheber des Bauwerks war und weil also das gegen die Mouchy erlassene possessorische Urtheil gegen ihn nicht wirke. — Der Cassationshof hob jedoch die Entscheidung auf in Betracht, daß Privaturkunden gegen Dritte nur vom Tage der Einregistrirung ꝛc. sicheres Datum erhalten; daß daher der Verkauf der Mouchy an Bavour gegenüber dem Mosburg früher keine Wirkung äußern, Bavour mithin diesem gegenüber die streitige Stelle nicht animo domini besitzen könnte, indem sie vielmehr Eigenthum der Mouchy blieb, derselbe sonach als Rechtsfolger der Mouchy schuldig sey, vorerst dem possessorischen Urtheile zu genügen, ehe er petitorisch klagen könne. Sirey 1841 I. p. 58.

Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 4. Karlsruhe den 16. April 1842.

1) Anhangsatz 174.

Der Protest soll erwähnen, daß und warum Derjenige, der zu zahlen hat, nicht unterschreiben wollte oder nicht konnte. Nun war in einem Proteste angegeben, der Schuldner wolle unterschreiben, deßungeachtet fehlte aber die Unterschrift und so wurde dessen Gültigkeit bestritten. Beide Instanzen und auch die Kassation entschieden jedoch, daß der Protest gültig sey, weil die Vorschrift nicht mit Nichtigkeit bedroht sey, vielmehr der wesentliche Zweck des Protestes nur dahin gehe, die geschehene Aufforderung zur Zahlung des präsentirten Wechsels, so wie die Verweigerung dieser Zahlung herzustellen und weil der Mangel der Unterschrift, welche der Schuldner zufolge seiner Erklärung im Proteste beisetzen wollte, aber nicht beigesetzt habe, die darin beurkundete Zahlungsverweigerung nur noch mehr bekräftige, anstatt sie ungültig zu machen. Sirey 1841 I. p. 71.

2) Art. 971.

Im Text eines öffentlichen Testaments war der Zeuge Barbet als Barbet aufgeführt und es wurde solches als nichtig resp. falsch (mittelst inscription de faux) angegriffen. Das Gericht ordnete Zeugenverhör an, wodurch sich ergab, daß in der fraglichen Gemeinde und Umgegend nur ein Barbet und kein Barbet existirte und verwarf sofort die Klage, indem hierdurch die Identität der Namen hergestellt sey, und der Irthum in einem Buchstaben des Zeugennamens kein Testament nichtig machen könne. — In der erhobenen Kassationsbeschwerde wurde hiergegen bemerkt, es sei einmal im Testament ein Zeuge aufgeführt wie sich in der Gegend keiner vorfinde, und jedenfalls könne die Identität, beziehungsweise die Irrung in der Bezeichnung des Zeugen, nicht mittelst außerhalb des Testaments liegenden Beweisen dargethan werden. Allein die Kassation wurde verworfen: das Urtheil stelle nämlich thatsächlich fest, daß die Verwechselung der Buchstaben auf einem Irrthum beruhe, sowie daß die Person des Zeugen mit dem Barbet identisch sey, und wenn das Gericht hiermit sein Urtheil motivirt habe, so habe es die Vorschriften des Artikels 971 nicht mißkannt. — Auf die Unterschrift des Zeugen scheint man kein Gewicht gelegt zu haben. Uebrigens ist wohl zu beachten, daß der Kläger selbst es war, der durch die inscript. de faux die Zeugenabhör veranlaßte und daß die Gerichte wohl hauptsächlich aus diesem Grunde den Zeugenbeweis auch gegen ihn wirken ließen. Sirey 1841 I. p. 79.

3) Art. 307. 309.

Auf Klage des Mannes wurde wegen Ehebruch der Frau Trennung von Tisch und Bett erkannt und die Frau nebstdem zu 3 Monaten Einsperrung verurtheilt. Nachdem sie die Strafe erstanden hatte, erklärte sich der Mann aus Rücksicht auf seine Kinder bereit, die Frau wieder zu sich zu nehmen und die Trennung aufzuheben. Allein die Frau ging nicht darauf ein und nun trat der Mann klagend auf. Er wurde in beiden Instanzen abgewiesen, und griff zur Kassation. Die Pflichten der Ehe, führte er aus, währten für das ganze Leben, soweit der Richter nicht davon befreie. Die Trennung von Tisch und Bett befreie aber nur den Ehegatten, der sie zu seinen Gunsten erwirke, nicht aber den schuldigen Theil; denn sie sei nichts anderes, als eine gerichtliche Ermächtigung für den beleidigten Theil, gesondert zu leben, wie sich schon aus Art. 307 ergebe, wonach eine Trennung nicht auf wechselseitige Einwilligung stattfinde. Dies gelte

Digitized by Google

beſonders im Fall eines Ehebruchs der Frau. Hier könne der Mann zwei Wege einſchlagen, entweder den korrektionellen Weg, um die Frau ohne Trennung beſtrafen zu laſſen, und alsdann ſei es ganz unzweifelhaft, daß die Frau ſofort wieder ſchuldig ſei, gemäß 214 zum Manne zurückzukehren (Cod. pén. 337); oder aber den Civilweg, womit der Mann Strafe und Trennung erwirke, und hier müſſe daſſelbe gelten, indem der Art. 309 wörtlich gleichlautend ſei mit dem Art. 337 des C. pén., dahin nämlich, daß es vom Manne abhänge, die Wirkungen der Verurtheilung dadurch zu hemmen, daß er die Frau wieder zurücknehme (reprendre). Habe er hiernach das Recht, die Wirkungen der Verurtheilung aufzuheben und zwar nur mittelſt der Wiederaufnahme der Frau, ſo müſſe er auch das Recht zu dieſem Mittel haben, und das Geſetz ſpreche ihm dieſes Recht nur deshalb nicht ausdrücklich zu, weil es unterſtelle, daß er ſolches durch das zu ſeinen Gunſten ergangene Trennungsurtheil ſo wenig verloren habe, als er es durch das korrektionelle Erkenntniß verlor. Die Frau, gegen welche das Trennungsurtheil ergangen ſei, könne doch daraus, und beziehungsweiſe aus ihrem Verbrechen keine Rechte gegen ihren Mann ableiten. Sowie alſo Strafe und Trennung ganz vom Manne abhänge, ſo ſtehe es auch allein bei ihm, der Trennung ein Ziel zu ſetzen und zwar ſowohl vor und während, als nach der Straferſtehung, weil ihm das Urtheil kein Recht entziehe ſondern ihn nur von einer Pflicht entbinde. Für ſeine Befugniß, die Trennung jederzeit wieder aufzuheben, ſpreche auch Art. 310. Denn warum gebe dieſer Satz dem ſchuldigen Theil das Recht, nach drei Jahren die Eheſcheidung zu fordern? — gerade deshalb, weil der unſchuldige Theil und nur dieſer die zeitliche Trennung jederzeit wieder aufgeben könne, der ſchuldige aber nicht. Nun ſoll im Fall des Ehebruchs der ſchuldigen Frau nicht einmal dieſes Recht auf Eheſcheidung zuſtehen (310), und um ſo mehr müſſe hier der Mann ſtets Herr bleiben, die Trennung zu beſeitigen. Ohnehin ſchließe die Trennungsklage, indem der Mann anſtatt der Scheidung nur Trennung fordere, den Vorbehalt ein, die Gemeinſchaft wiederherzuſtellen. —

Die Frau entgegnete: der Unterſchied zwiſchen dem korrektionellen und dem Civilurtheil beſtehe gerade darin, daß letzteres außer der Strafe auch die Trennung ausſpreche. In letzter Hinſicht beruhe das Urtheil auf einem gerichtlichen Vertrage, und wirke gegen beide Theile. Der Mann könne alſo die Rückkehr der Frau nicht ohne deren Einwilligung bewirken. Ueberhaupt gebe der Art. 309 dem Manne mehr nicht, als ein Begnadigungsrecht, ſetze alſo voraus, daß die Frau den Fehler bereue und gerne zurückkehre. Sonſt wäre die Frau der Willkühr des Mannes preisgegeben, der heute Trennung und Strafe und morgen wieder die Rückkehr der Frau fordern könnte, zur doppelten Strafe der Frau, zur Vernichtung des Anſehens gerichtlicher Entſcheidungen und zum Hohn der öffentlichen Sittlichkeit.

Der Kaſſationshof verwarf die Kaſſation: Aus den Grundſätzen von der Rechtskraft der Urtheile folge weſentlich, daß alle Partheien, die dazu mitgewirkt haben, ein unwiderrufliches Recht auf die Entſcheidung erwerben, und daß ſie gegenſeitig ſich darauf ſtützen können, welches auch ihre Partheirolle geweſen ſein möge. Der Art. 337 des C. pén. beſtimme nun zwar, daß es vom Manne abhänge, die Wirkung der korrektionellen Verurtheilung ſeiner ehebrecheriſchen Frau zu hemmen, wenn er ſich entſchließe, ſie wieder aufzunehmen, und der Art. 309 des C. c. gebe ihm dieſes Recht ſelbſt dann, wenn die Verurtheilung in Folge einer Trennung von Tiſch und Bett ausgeſprochen worden ſey. Allein dieſe zu Gunſten der Ehe getroffenen Ausnahmen müßten in den vom Geſetz gezogenen Schranken gehalten werden, und es folge aus der Macht des Mannes, die Wirkungen des Strafurtheils durch Wiederaufnahme der Frau zu hemmen, noch kein Recht des Mannes, die Rückkehr zu fordern und die erkannte Trennung aufzuheben, zumal wenn, wie hier, die Frau die Strafe erſtanden, ſomit die Verurtheilung bereits alle ihre Wirkungen hervorgebracht habe. — Sirey 1841 I. p. 98.

4) Art. 335 762.

Carbonnety erkannte ein während der Ehe erzeugtes natürliches Kind an und ſetzte daſſelbe ſpäter als Univerſallegatar ein. Der geſetzliche Erbe focht indeſſen das Teſtament als nichtig an wegen Unfähigkeit des Kindes zur Erbeinſetzung und das Teſtament wurde auch in zwei Inſtanzen als nichtig erklärt auf den Grund der Sätze 762 und 911. Der Kaſſationshof hob jedoch die Entſcheidung auf: die Nachfrage nach der Vaterſchaft ſei verboten; nach 335 finde die Anerkennung eines in Blutſchande oder im Ehebruch erzeugten Kindes nicht ſtatt und nach 342 ſei einem ſolchen

Digitized by Google

Kinde auch die Nachfrage nach der Mutterſchaft nicht geſtattet. Hieraus folge, daß der Art. 762, welcher einem ſolchen Kinde Unterhalt zuſpreche, ſich lediglich auf ſolche Fälle beziehe, wo der Beweis der Kindſchaft gerichtlich durch die Kraft zuſammentreffender Umſtände (par la force des choses) hergeſtellt ſei und nicht auf Fälle der vorliegenden Art, wo der Beweis allein aus der vom Geſetz verbotenen Anerkennung folgen ſoll. Das Teſtament ſelbſt, worin der Sohn nur als „Joſef, genannt Carbonnety" nach Gewerb und dem Namen ſeiner Frau bezeichnet ſei, enthalte nichts über deſſen Abſtammung und ſo ſei die Annahme, daß der Legatar der im Ehebruch erzeugte Sohn des Teſtators ſei, und daß ſomit das Vermächtniß auf einer unerlaubten Urſache beruhe, lediglich auf die Anerkennung des Teſtators geſtützt, alſo auf einen Grund, den das Geſetz verbiete. Sirey 1841 I. p. 118. — In Fällen, wo ſich aus dem Freigebigkeitsakt ſelbſt ergab, daß das Kind im Ehebruch erzeugt war, erklärte der Kaſſationshof die Freigebigkeit für unwirkſam, weil das Kind den Inhalt des Aktes nicht theilen dürfe. Sirey 1832 I. p. 145. (S. folg. Fall:)

5) Art. 757. 908.

Der Teſtator vermachte $^1/_6$ ſeines Vermögens „dem „Eduard B., ſeinem natürlichen Sohne aus dem Um„gange mit Johanne Ch.". Das eigenhändige Teſtament wurde von den ehelichen Abkömmlingen als nichtig angefochten und eventuell die Minderung des Vermächtniſſes auf $^1/_{12}$ als den Antheil verlangt, den B. als natürliches Kind geſetzlich anzuſprechen habe. B. wendete ein, ſeine Anerkennung in dem eigenhändigen Teſtament als einer Privaturkunde ſei nach 334 ungültig, er daher als ein Dritter zu betrachten, dem das ganze Vermächtniß habe zugewendet werden können. In erſter Inſtanz wurde hiernach die Klage abgewieſen, in zweiter aber das Vermächtniß auf $^1/_{12}$ gemindert, weil zwar die Anerkennung des B. als uneheliches Kind in dem eigenhändigen Teſtament unwirkſam ſei, dennoch aber dieſe Eigenſchaft ſich als die alleinige Urſache des Vermächtniſſes darſtelle, letzteres daher nach dieſer Rückſicht gemindert werden müſſe. — Die hiergegen eingelegte Kaſſation wegen unrichtiger Anwendung der Sätze 1131 und 1133 und wegen Verletzung der Sätze 339 und 340 wurde verworfen: Der Gerichtshof habe nämlich der Erklärung in dem eigenhändigen Teſtament nicht die Wirkung einer Anerkennung beigelegt, ſondern nur erklärt, daß der Freigebigkeit als einzig beſtimmende Urſache die Ueberzeugung des Teſtators zu Grund liege, der eingeſetzte Vermächtnißnehmer ſei ſein natürlicher Sohn, wie ſich dies auch aus dem Freigebigkeitsakt (dem Teſtament) ſelbſt ergebe und wenn der Gerichtshof in dieſer thatſächlichen Unterſtellung das Vermächtniß ſoweit gemindert habe, bis der Wille des Teſtators nicht mehr gegen das Geſetz anſtieß, nämlich bis auf den in 757 beſtimmten Antheil, ſo habe er die gedachten Sätze weder verletzt noch falſch angewendet. Sirey 1841 I. p. 140.

6) Anhangſatz 93.

Der Kommiſſionär, welcher Vorſchüſſe auf Waaren gemacht hat, gilt auch dann als Beſitzer dieſer Waaren, wenn ſolche nicht in ſeine eigenen Magazine gebracht, ſondern in ſeinem Namen und auf ſeine Rechnung in die Magazine eines Dritten aufgenommen worden ſind. Er genießt Vorzugsrecht darauf, und der unbefriedigte Verkäufer kann ſie nicht mehr von ihm herausfordern. Dieſes Vorzugsrecht hat er auch dann, wenn die Waaren nicht direkt an ihn vom Verkäufer abgeſendet wurden, ſondern er ſie ſpäter auf Anweiſung des Käufers zur Aufbewahrung übernommen hat. Perſil des commiss. zu Art. 93. Sirey 1841 I. p. 162.

7) Art. 2228. Prozeßordnung §. 750.

Der Verkäufer eines Stück Landes hatte ſich das Recht vorbehalten, über das Land an ſeinen Teich zu gehen, zu welchem Ende ein Riemen von 3 Schuh breit unbebaut bleiben ſollte. Ein ſpäterer Eigenthümer pflügte indeſſen dieſen Weg auf und nun erhob der Berechtigte eine Beſitzklage. Dieſe wurde hauptſächlich deshalb verworfen, weil der Kläger nicht bewieſen habe, daß er ein ganzes Jahr lang vor der Störung die Wegſtrecke wirklich beſeſſen habe. Das Urtheil wurde jedoch kaſſirt, weil zu einer Beſitzklage nicht ſchlechthin ein materieller Beſitz erfordert werde, ſondern nach 2228 auch ein Recht Gegenſtand des Beſitzes und alſo auch der Beſitzklage werden könne, wenn der Inhaber des Rechts geſtört werde, und ſeit der Störung noch kein Jahr umfloſſen ſei, welcher Fall hier vorliege. Sirey 1841 I. p. 194.

Digitized by Google

8) Art. 972.

In einem öffentlichen Teſtamente hieß es am Schluß: „Die N. erſuchte mich, ihr über dieſen ihren letzten Willen „Urkunde aufzunehmen, welche ihr auch bewilligt wurde „und welche ich der Notar gerade ſo, wie die N. vorſagte, „niedergeſchrieben und ganz in Gegenwart der Zeugen „vorgeleſen habe" —. Anfechtung dieſes Teſtaments, weil nicht ausdrücklich erwähnt, daß ihr, der Teſtirerin, ſolches vorgeleſen worden. Verwerfung der Klage und der Kaſſation, weil das Geſetz weder eine beſtimmte Form des Ausdrucks, noch einen korrekten Styl fordere und aus dem Zuſammenhang der ganzen Stelle, wonach das „ihr bewilligt" ſich auch auf das Vorleſen beziehe und nur ein Zwiſchenſatz ungeſchickt eingeſchoben ſei, hinreichend hervorgehe, daß das Teſtament der Teſtirerin vor den Zeugen vorgeleſen wurde. Sirey 1841 I. p. 206.

9) Art. 1699.

Zum Begriff ſolcher „ſtreitigen Rechte" gehört ſchlechterdings, daß vor der Ceſſion ein Rechtsſtreit anhängig war, und es genügt z. B. nicht, daß ſie im Ceſſionsvertrag als ſtreitige Rechte bezeichnet wurden und dieſer Vertrag ſich als einen wahren Glücksvertrag ankündigt. Plus valet quod actum, quam quod dictum est. — Sirey 1841 I. p. 220.

10) Art. 824. 828. 922.

Nachdem die geſetzlichen Erben die Liegenſchaften der Erbmaſſe bereits verkauft hatten, trat ein natürliches Kind mit ſeinem geſetzlichen Anſpruch auf und verlangte Theilung, jedoch nicht nach dem Verkaufspreis, ſondern nach ihrem durch Schätzung zu ermittelnden Werthe, den die Erben zufolge obiger Sätze einzuwerfen hätten. Wenn auch, bemerkte es, die Verkäufe in gutem Glauben geſchehen ſeyen (was zugegeben werde), ſo komme dies doch nur den Käufern zu gut und ändere nichts an ſeinem (des Kindes) Verhältniß zu den Erben, an welche es auch ohne Umſtoßung der Verkäufe die Theilung nach geſetzlicher Vorſchrift fordern könne; denn die Liegenſchaften ſeien gegenüber den Miterben, die nicht zum Verkaufe mitgewirkt hätten, ſo anzuſehen, als wären ſie noch in der Maſſe vorhanden. — Es wurde jedoch erkannt, daß die Theilung nach dem Verkaufspreiſe zu geſchehen habe und die dagegen ergriffene Kaſſation wurde verworfen: denn werde anerkannt, daß die Verkäufe in gutem Glauben geſchehen, ſomit gültig ſeyen, ſo folge hieraus nothwendig, daß der Verkaufspreis der Theilung zu Grund zu legen ſei und es ſeien die aus der Verbindung der Art. 132. 549. 1380. 1599 und 1935 ſich ergebenden Grundſätze richtig angewendet. — Sirey 1841 I. p. 231.

11) Art. 599. 614. 2236. Prozeßordnung §. 746.

Die Wittwe Gardel, welche nach Ehevertrag die Nutznießung des halben Hauſes ihres Ehemannes anzuſprechen hatte, gerieth mit deſſen Erben (Sohn erſter Ehe), dem das Eigenthum des ganzen Hauſes verfallen war, über den Umfang ihrer Nutznießung in Streit, worauf durch Urtheil von 1836 die Abtheilung feſtgeſetzt wurde. Als ſpäter der Sohn ſich Aenderungen erlaubte, bat die Wittwe um Schutz im Beſitz, wurde jedoch in beiden Inſtanzen abgewieſen, theils weil ſie als Nutznießerin, die nach 2236 nur prekär beſitze, keine Beſitzklage habe, theils weil ſeit dem Urtheil von 1836 noch kein Jahr umfloſſen, ihr Beſitz als zu kurz ſey. Allein das Urtheil wurde kaſſirt: Die Nutznießung ſei ein dingliches, abgeſondert vom Eigenthum beſtehendes Recht und als ſolches fähig zu Beſitzklagen; der Nutznießer klage alſo nicht aus dem Rechte eines Andern (des Eigenthümers), und gerade wegen der Selbſtſtändigkeit ſeines Rechts könne er auch gegen den Eigenthümer ſelbſt mit der Beſitzklage auftreten, wenn dieſer ihn ſtöre. Seine Pflicht, den Eigenthümer von Beſitzſtörungen Dritter in Kenntniß zu ſetzen, ſchließe nothwendig das Recht zur eigenen Vertheidigung ſeines Beſitzes in ſich, wenn die Störung von dem Eigenthümer ſelbſt herrühre. Der Beſitz der Klägerin knüpfe ſich übrigens an jenen ihres Mannes an und ſei durch das Urtheil von 1836 nicht erſt begründet, ſondern nur als ſchon beſtehend anerkannt worden. — Sirey 1841 I. p. 238.

12) Art. 1923. 1348. Abſ. 1.

Wurde die Hinterlegung durch Betrug veranlaßt, ſo kann ſie, wie der Betrug überhaupt, auch durch Zeugen erwieſen werden. Sirey 1841 I. p. 255.

Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 5. Karlsruhe den 11. Juni 1842.

1) Art. 644.

Der Besitzer einer seit undenklicher Zeit bestandenen Mühle hatte seit länger denn einem Jahr sichtbare Wasserbauten gemacht, um den Lauf der Mühlbach zu erleichtern, und als zwei obere Wiesenbesitzer eine zu ihrer Wässerung dienende Schleuse dergestalt änderten, daß sich dort zum Nachtheil der Mühle mehr Wasser ansammelte, so erhob der Müller eine Besitzklage auf Herstellung des alten Standes. Die Wiesenbesitzer wendeten ein, der Art. 644 gestatte ihnen das Recht der Benutzung mit der einzigen Bedingung, daß das Wasser unterhalb ihrer Wiesen wieder den natürlichen Lauf erhalte und die Bauten des Klägers begründeten für denselben keinen Besitz auf die Wassermasse, weil sie auf seinem und nicht auf dem Eigenthum der Beklagten ereichtet seien. Allein es wurde nach dem Klagbegehren erkannt, indem zu einem verjährenden Besitz überhaupt Bauten genügten, welche einen besseren Gebrauch des Wassers (Fall und Einlauf) bezweckten, ob sie auf dem herrschenden oder dienenden Gute errichtet seyen, und weil also hierdurch das den obern Angränzern sonst gesetzlich zustehende Recht der Benutzung eine Beschränkung erleiden, mithin gegen sie eine Besitzklage stattfinden könne. Sirey 1841 I. p. 248.

2) Art. 343.

Ueber die längst bestrittene Frage, ob ein anerkanntes natürliches Kind von seinem Vater oder seiner Mutter adoptirt weeden könne (Luackhard B. II. S. 293), hat sich jetzt auch der Cassationshof ausgesprochen und zwar bejahend. Der C. c. enthalte ein besonderes Kapitel über die Bedingungen, Förmlichkeiten und Wirkungen der Adoption: allein weder in diesem Kapitel noch sonst finde sich ein ausdrückliches Verbot der Adoption anerkannter natürlicher Kinder von Seite ihrer Eltern, und es könnte daher eine Unfähigkeit solcher Kinder zur Adoption nur dann angenommen werden, wenn dies aus dem Wesen der Adoption oder aus den Beschränkungen, denen das Gesetz die Anerkennung natürlicher Kinder unterwerfe, mit Nothwendigkeit folgen würde. Dies sey aber nicht der Fall, denn wenn es auch scheine, als ob die Adoption als Nachahmung der Vaterschaft dem wirklichen Vater nicht zukommen sollte, so versage sie das Gesetz (343) gleichwohl nur Demjenigen, der eheliche Nachkommen habe, während der natürliche Vater durch die Anerkennung allein weder für sein Kind noch für sich der Vortheile der ehelichen Kindschaft theilhaftig werde, welche die Adoption erzeuge, daher ein Schluß vom ehelichen Vater auf ihn nicht stattfinde. Zwar könnten die Art. 346—348 beim anerkannten natürlichen Kinde nicht Platz greifen, indem letzteres die Zustimmung seiner (natürlichen) Eltern und deren Namen von selbst schon habe und vom Verbleiben in seiner frühern Familie keine Rede seyn könne; allein das Gesetz schreibe jene Bedingungen nur im Allgemeinen (da wo sie eintreten könnten) und für die gewöhnlichen Fälle vor und es lasse sich daraus noch nicht auf die Unfähigkeit der gedachten Kinder zur Adoption schließen. Eben so wenig folge dies aus der den natürlichen Eltern gestatteten Legitimation durch nachfolgende Ehe, da dieses Institut nach seinen Voraussetzungen und Folgen von der Adoption ganz verschieden sei (und sie nicht ersetzt z. B. wenn bei der Verehelichung die Legitimation aus Irrthum unterblieb, wenn die Hochzeit durch tödtliche Erkrankung vereitelt wird). Die Art. 756—758, 338 und 908, welche den natürlichen Kindern die Rechte ehelicher Kinder und die Eigenschaft als

Digitized by Google

Erben versagten, setzten voraus, daß solche in diesem Stande geblieben, also nicht adoptirt worden seien ꝛc. — Weitere Betrachtungen über die Geschichte dieser Streitfrage bei Abfassung des C. c., über deren politische und moralische Seite in einer Rede des Generalprokurators Dupin bei Sirey 1841 I. p. 274.

3) Art. 2060. Prozeßordnung §. 709. 759.

Ungeachtet des Widerspruchs mehrerer Gerichtshöfe und der allgemeinen alle Arten von Besitzklagen einschließenden Fassung des Art. 23 C. de proc. unterscheidet der Cassationshof gleichwohl fortwährend die Klage auf Wiedereinsetzung in einen gewaltsam entzogenen Besitz (réintégrande) von den übrigen Besitzklagen, oder vielmehr er behandelt die erstere als einen unbedingten Befehl, indem er dazu keinen einjährigen Besitz fordert, wie zu den letztern. Er stützt sich auf den Hauptgrundsatz, daß im Staate keine Selbsthülfe stattfinden dürfe (spoliatus ante omnia restituendus) und findet solchen besonders bestätigt in 2060 Abs. 2. In einem Falle, wo der Beklagte eine vom Kläger errichtete Sperre weggerissen hatte, wurde — obgleich der Beklagte seinerseits schon über ein Jahr im Besitze des Weges war — dennoch die Klage auf Wiederherstellung im Interesse der öffentlichen Ordnung für statthaft erkannt, jedoch dem Beklagten vorbehalten, eine Besitzklage gegen den Kläger zu erheben. Sirey 1841 I. p. 295.

4) Anhangsatz 117. 163. 170.

Ein von Samuel auf Charbonnier für das Haus Bonnaud ausgestellter und von letzterm auf Gerin übertragener Wechsel wurde von Gerin im Februar 5 Tage zu spät Mangels Zahlung des Charbonnier protestirt und im März wurde über Charbonnier Gant erkannt mit Rückdatirung der Gantmäßigkeit auf den Jänner, wo derselbe entwichen und sein Fahrnißvermögen sequestrirt worden war. Nun schickte Gerin den Wechsel an den Wechselgeber Samuel zurück und forderte von ihm den Betrag nebst Retourkosten. Samuel wendete ein, der Wertherstatter (Bezogene) Charbonnier habe von ihm zur Verfallzeit Bedeckung gehabt und Gerin habe somit durch den verspäteten Protest das Rückgriffsrecht verloren (170): Gerin erwiederte, durch die Gantmäßigkeit des Charbonnier sei die Bedeckung wieder vernichtet worden und beim Mangel einer Bedeckung gehe der Rückgriff durch unterlassene Protestirung nicht verloren. — Das Handelsgericht wies den Gerin ab, weil nach § 116 Bedeckung vorhanden sei, wenn der Bezogene dem Wechselgeber zur Verfallzeit eine dem Wechselbetrag gleiche Summe schulde, ohne daß beim Bezogenen eben parate Mittel vorhanden seyn müssen, und weil nach 163 selbst der Gantausbruch nicht vom Protestiren befreie. Allein das Appellationsgericht verurtheilte den Samuel zur Zahlung und der Cassationshof verwarf die dagegen ergriffene Cassation: denn zur Befreiung des Wechselgebers von der Garantie werde eine zur Verfallzeit wirklich vorhandene und beibringliche Bedeckung erfordert; Charbonnier sey aber im Februar, ja durch die Rückdatirung schon im Jänner im Gantzustand, daher nach 442 (Anhangsatz 209) kraft Gesetzes der Vermögensverwaltung verlustig gewesen und durch diesen Gant-Zustand sei die Bedeckung unverfügbar geworden, wenn gleich das Ganterkenntniß erst später im März erfolgt sey. Hiernach wäre der Protest bey vorhandenem Gantausbruch, ja selbst während der rückdatirten Zeit überflüssig, während der S. 163 ihn doch auch für diesen Fall vorschreibt und während der Cassationshof früher anerkannte, daß vom rückdatirten Zeitpunkt an bis zum Ganterkenntniß noch eine gültige Zahlung erfolgen könne, wenn dem Gläubiger das materielle Zahlungsunvermögen des Schuldners nicht bekannt war, daß mithin der Protest möglicherweise zur Zahlung führe, wenn nicht gerade schon Sequester angelegt war. Lauckhard I. 436. 444. Im neuen C de comm. Art. 449 ist bestimmt, es könne die in der rückdatirten Zwischenzeit geleistete Zahlung gegen den Wechselinhaber nicht zurückgefordert werden und gegen den Wechselgeber nur dann, wenn ihm zur Zeit der Ausstellung die Zahlungseinstellung schon bekannt war. Jetzt wird also in Frankreich der Inhaber den Protest nicht versäumen dürfen, wenn er sich den Rückgriff sichern will. Sirey 1841 I. p. 299.

5) Art. 170.

Die Eheleute Henry hatten sich in Neapel, wo sie schon vorher wohnten, geehelicht, unter Zustimmung des einen noch vorhandenen Ahnen und unter Beobachtung der zu Neapel bestehenden Förmlichkeiten; auch hatten sie den Akt in die bürgerlichen Standesbücher in Frankreich eintragen lassen, jedoch waren die öffentlichen Verkündigungen daselbst unterblieben. So lebten sie, ohne sich in

Digitized by Google

Frankreich einen Wohnsitz zu bewahren, noch 16 Jahre zu Neapel, als Henry starb und nun wurde von dessen Schwester die Ehe als nichtig angefochten. Allein die Klage wurde verworfen, weil der Art. 170 die Unterlassung der Verkündigung nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohe, und dieser Mangel durch den dem Heirathsakt entsprechenden langen und unbestrittenen Besitz des bürgerlichen Standes bedeckt sei. — Ebenso entschied der Cassationshof schon früher. Sirey 1841 I. p. 302.

6) 1271. 1654.

Barbaud verkaufte an Vergne Güter, zahlbar in zwei Wechseln, der eine fällig auf Ende Juli und der andere auf Ende August, welche sogleich von dem Käufer auf Verfügung des Verkäufers mit „Werth in Gütern empfangen" ausgestellt wurden, und worauf letzterer den Kaufpreis, als mittelst der Wechsel empfangen, quittirte. Als die Wechsel zur Verfallzeit nicht bezahlt wurden und Barbaud auf Auflösung des Kaufs klagte, wendete Vergne ein, Kläger habe durch Annahme der Wechsel als Zahlung eine Rechtswandlung eingegangen, sei also zur Auflösungsklage nicht mehr berechtigt. Das Apellationsgericht wies aus diesem Grunde die Klage ab, allein das Urtheil wurde kassirt, weil durch obige Umstände weder eine neue Schuld erzeugt worden, noch die alte Schuld erloschen, auch vom Verkäufer nicht auf das Recht der Vertragsauflösung verzichtet, vielmehr nur die Art der Zahlung bestimmt worden sei, überhaupt derartige Gedinge nicht als selbstständige Uebereinkünfte, sondern als wesentliche Bestandtheile des Kaufsvertrags betrachtet und nach der Hauptabsicht der Parteien ausgelegt werden müßten. So auch Troplong hyp. n. 190 bis und Pardessus droit comm. n. 221: dagegen Grenier hyp. n. 385 und Duranton 12 n. 287. — Sirey 1841 I. p 474.

7) Art. 1384.

Ein Geselle, dem mit seinem Nebengesellen eine gemeinschaftliche Arbeit übertragen worden war, wurde durch Unachtsamkeit des letztern schwer verwundet, und belangte außer demselben auch den Meister, als für den Nebengesellen haftend, auf Entschädigung. Die Gerichte wiesen zwar die Klage, soweit sie gegen den Meister gerichtet war, ab, weil der Art. 1384 auf den Fall, wo das Gesinde desselben Herrn sich bei der gemeinsamen Arbeit beschädige, keine Anwendung finde, vielmehr alsdann der Lohn, den der Herr jedem reiche, zugleich die Entschädigung für derartige, mit dem Geschäfte verbundene Unfälle enthalte: allein das Urtheil wurde kassirt, indem die ganz allgemein lautende Bestimmung des Art. 1384 auch solche Fälle umfasse. Sirey 1841 I. p. 476.

8) Art. 45. 194 u. 195. 321 u. 322. 2226.

Charles Constant, ein Farbiger aus Martinique, angeblich natürlicher Sohn von Tartanson, verheirathete sich im September 1794 und es hieß in dem Akt: Sind erschienen Charles Constant, Sohn von Tartanson und der Elisabeth Constanze, sowie ꝛc. ꝛc. Die Unterschrift lautete nur Charles Constant ohne andern Beisatz. Mehrere Kinder entsprangen aus dieser Ehe, die in den Geburtsurkunden als gezeugt von Charl. Const. Tartanson bezeichnet wurden, auch wurde letzterer im Sterberegister v. 1805 also benannt, und seine Wittwe nebst Kindern führeten diesen Namen fort, als im J. 1833 die beiden ehelichen schon verheiratheten Töchter des Tartanson auftraten und ihnen das Recht, diesen Namen zu führen, bestritten. Die beklagte Wittwe und Kinder unterlagen in beiden Instanzen und in der Cassation: die Geschlechtsnamen seien Eigenthum der Familien, Bestandtheil ihres Vermögens, werthvoll durch achtbare Erinnerungen, die sich daran knüpfen könnten und deshalb hätten auch die beiden Töchtee, obwohl jetzt die Namen ihrer Männer führend, ein Interesse, sich der fremden Anmaßung zu widersetzen. Der Heirathsakt des Ch. Constant v. 1794 beweise nur die Thatsache der Heirath zwischen den erschienenen Personen, und nicht deren Recht auf den Namen, zumal der Bräutigam nicht als Charles Constant Tartanson, sondern nur als Sohn des Tartanson ohne nähere Angabe ob ehelicher, adoptirter oder anerkannter natürlicher Sohn bezeichnet, auch nicht mit Tartanson unterzeichnet sei. Dieser Akt begründe auch keine Verjährung, stehe ihr vielmehr entgegen, da der Name, den der Vater nicht auf unzweifelhafte Weise geführt, auch nicht anders auf die Wittwe und Kinder habe übergehen können, und die späteren Geburtsakte und der Sterbeakt lieferten für sich allein den Beweis eines fortwährenden, ruhigen, unzweideutigen, unter Eigenthumstitel bestandenen Besitzes nicht, die Art. 321 und 322 fänden keine Anwendung, da es sich hier nicht um

Digitized by Google

den bürgerlichen Stand handele, der beiderseits unbestritten sei. — Troplong prescr. n. 248 läßt unbedingt keine Ersitzung zu, weil die Namensänderung ohne Erlaubniß der Regierung durch das Gesetz (v. 11. Germ. J. 11) verboten sei. Indessen wird die Frage, ob ungeachtet dieses Gesetzes das Recht auf den Geschlechtsnamen nicht Gegenstand von Uebereinkünften und Anerkennungen unter Privaten sein und durch einen langen mit bürgerlichen Rechtsakten bekräftigten Besitz erworben werden könne, von den Gerichten selbst als sehr zweifelhaft bezeichnet, und es sind ausdrückliche Entscheidungen hierüber noch nicht ergangen. Sirey 1841 I. p. 531. — Rbl. 1838 Nr. 5.

9) Art. 1003 u. 1006. 1010 u. 1011.

Der Testator setzte als Erbnehmer (Universallegatare) ein: 1) zusammen zur Hälfte die zwei Kinder der Laillet d. Ä. und 2) zur andern Hälfte die Laillet d. J., beide mit der Verbindlichkeit, alle weiteren Verfügungen zu erfüllen. Dann folgte ein Legat zu zahlen in einem Jahr „von meinen Universallegataren" und das Vermächtniß einer Nutznießung mit Rückfall des Eigenthums an dieselben. Die beiden Laillet ließen sich durch einen Befehl des Gerichtspräsidenten in den Besitz einweisen; die gesetzlichen Erben (Seitenverwandte) dagegen fochten die Einweisung an, behauptend, die Laillet hätten von ihnen gemäß Art. 1011 die Ausfolgung zu verlangen, weil sie keine Erbnehmer, sondern nur Erbtheilnehmer (1010) seien, da ihnen nur bestimmte Theile und nicht die ganze Erbschaft zusammen vermacht sei. Allein es wurde entschieden, aus der Hauptverfügung sowohl, als aus den Nebenbestimmungen des Testaments ergebe sich die Absicht des Testators, den Beklagten seinen Nachlaß in der Art zuzuwenden, daß jede von ihnen bei etwaiger Ermangelung der andern ihn ganz erhalten sollte, wie denn nach Art. 1003 ein Erbvermächtniß auch an mehrere Personen geschehen könne, und die Bestimmung der Antheile beziehe sich nur auf den Vollzug des Vermächtnisses unter den Legataren, ohne dieselbe auf diese Antheile zu beschränken. Sirey 1841 I. p. 535.

10) Art. 1560. 1341.

Die Miterbin eines unter Verwaltung stehenden Nachlasses verehelichte sich nach Dotalrecht, und bestimmte ihre Erbansprüche als Ehesteuer. Nachdem über den Nachlaß Rechnung abgelegt und getheilt war, erhob die Miterbin Anstände gegen die Rechnung, vereinigte sich jedoch mit Ermächtigung ihres Mannes auf ein Schiedsgericht. Als aber dieses ihre Einsprache verwarf, klagte sie auf Richtigkeit des Compromisses und auf Rechnungsberichtigung unter Erbieten zum Zeugenbeweise, daß 12000 Fr. Forderungen vorhanden waren und vom Verwalter eingezogen, aber nicht verrechnet wurden. Es wurde auch hiernach erkannt und die Cassation verworfen: der Schiedsvertrag nämlich, wenn auch mit Ermächtigung des Mannes eingegangen, sei als die Ehesteuer betreffend, nichtig, und folglich auch der Schiedsspruch. Die Klägerin könne ihn ungeachtet des Art. 1560 schon jetzt und ohne die Eheauflösung abzuwarten, anfechten, da es sich nicht um Vindikation einer ungültig veräußerten Liegenschaft handle. Zeugenbeweis sei zulässig nach Art. 1348, weil die Klägerin sich keinen Urkundenbeweis über Existenz der zum Nachlaß gehörigen Schuldtitel und den Einzug habe verschaffen können. — A. M. über die Frage, ob die Frau eine solche Nichtigkeitsklage während der Ehe erheben könne, ist Toullier B. XII. Nr. 399. 400. — Sirey 1841 I. p. 516.

11) Art. 215. 223.

Eine mit ihrem Manne in völliger Vermögensabsonderung (S. 1536) lebende, und im Ehevertrag auch zum Auftreten vor Gericht, zur Klageanstellung und Vertheidigung ermächtigte Frau, welche von ihrem Manne auf eine Summe belangt wurde, stellte demselben eine viel stärkere Gegenforderung entgegen, und als sie solche in erster Instanz nicht ganz durchsetzte, ergriff sie die Appellation, die aber als unstatthaft verworfen wurde. Nun verlangte sie Cassation dieses letzteren Urtheils wegen fehlender Ermächtigung für die zweite Instanz: denn für die erste Instanz sei sie zwar schon dadurch, daß ihr Mann gegen sie geklagt habe, ermächtigt gewesen, nicht aber auch für die zweite Instanz, indem ihre Appellation gegen das dem Manne günstige Urtheil der Anstellung einer neuen Klage gleichstehe, daher gleich letzterer der Ermächtigung bedürfe, und die allgemeine Ermächtigung im Ehevertrage zufolge Art. 223 nur für die Verwaltung ihrer Güter und nicht auch zum Prozeßführen gelte. Das Urtheil wurde hierauf aus eben diesen Gründen kassirt. Sirey 1841 I. p. 315.

Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 6. Karlsruhe den 25. Juni 1842.

1) Art. 1859. 1862.

Im Vertrage einer Bergwerksgesellschaft war ausgemacht, daß jeder Aktionär nach Verhältniß seines Antheils die Ausbeute in Natur anzusprechen und ebenso zu den Kosten beizutragen habe. Später wurde durch die Majorität der Aktionäre beschlossen, daß, wenn ein Aktionär seinen Kostenantheil 14 Tage nach Anforderung nicht bezahle, dessen Antheil an der Ausbeute um einen festgesetzten niedern Preis von der Masse zurückbehalten, dieser Preis an seiner Kostenschuldigkeit abgerechnet werden und soweit dadurch die Schuld nicht getilgt wird, der Aktionär haftbar bleiben soll. Als demzufolge ein nicht zur Majorität gehörender Aktionär auf seinen Kostenrest nach Abzug seiner mehrjährigen Ausbeuteantheile belangt wurde, hielt man in beiden Instanzen den Majoritätsbeschluß für maßgebend und verurtheilte den Aktionär; allein die Entscheidung wurde kassirt, indem der Kassationshof mit Bezug auf die Art. 1101. 1108. 1859 und 1862 annahm, daß kein Gesellschafter (also auch nicht eine Mehrheit) die übrigen verpflichten könne, wenn diese ihn nicht dazu ermächtigt hätten, es sei denn, daß es sich um bloße Verwaltungshandlungen frage, was aber hier nicht der Fall sei, da nach dem Majoritätsbeschluß der ursprüngliche Vertrag geändert und einem Aktionär sein Eigenthum um einen willkürlichen Preis entzogen werden soll. Sirey 1841. I. pag. 358.

2) Art. 220, C. de comm. Art. 4 und 5.

Eine Frau, die zwar ohne ausdrückliche Ermächtigung ihres Mannes, doch unter dessen Augen, Handelsgeschäfte jeder Art, namentlich auch mit Liegenschaften, trieb, und zuletzt sich in eine Hammerwerksgesellschaft einließ, in welche sie die zur Errichtung des Werks erforderliche Liegenschaft einbrachte, klagte bald nachher auf Nichtigerklärung dieses Gesellschaftsvertrags wegen mangelnder Ermächtigung ihres Mannes, die zumal zur Einwerfung ihrer Liegenschaft, als einer Art Veräußerung, nöthig gewesen wäre. In beiden Instanzen abgewiesen, ergriff sie die Kassation, ausführend, sie sei keine öffentliche Handelsfrau, weil sie wohl allerlei Spekulationen versucht, aber keine specielle Art von Handlung getrieben; sodann sei zu Handelsbetrieb einer Ehefrau, wie zu einem einzelnen Rechtsgeschäft zufolge Art. 217 entweder die Mitwirkung des Mannes oder eine schriftliche Einwilligung desselben nöthig, und angenommen, sie treibe eine Art Handlung mit Ermächtigung ihres Mannes, so habe sie doch durch Eingehung einer Gesellschaft mit Einwerfung einer Liegenschaft eine ganz neue Art von Handlung begonnen, auf die sich die Ermächtigung ihres Mannes nicht erstrecke. Allein das Gesuch wurde verworfen in Betracht, daß die Handlung der Frau gerade darin bestanden habe, Spekulationen jeder Art zu unternehmen, die Betreibung eines Hammerwerks also in den Umfang dieses Handels falle, und daß der Art. 4 des C. de comm. nur eine Einwilligung des Mannes, keine Ermächtigung fordere, welche erstere immer angenommen werden könne, wenn der Mann sich dem öffentlich betriebenen Handel der Frau nicht widersetze. — Die Gerichte hatten sich außerdem noch auf den Art. 7 des C. de comm. gestützt, wonach eine nicht in bewidmeter Ehe lebende Handelsfrau auch ihre Liegenschaften veräußern dürfe. Sirey 1841. I. pag. 386.

3) Art. 887. 1304.

Zwei Erben, denen nach einander die Erbschaft ihres Vaters, ihres Oheims und ihrer Tante anerfallen war,

Digitized by Google

hatten jedesmal nur einen Theil deſſelben getheilt und erſt in einer fünften Theilung den noch gemeinſchaftlichen Reſt. Bei dieſer letzten Theilung hielt ſich der Eine um ein Viertheil verletzt und focht ſolche an, wogegen der Andere einwendete, es könne nur aus allen Theilungen zuſammen eine Verletzung hergeleitet werden, indem der Kläger in den früheren Theilungen bevortheilt worden ſeyn könne und dann eine wirkliche Verletzung bezüglich auf ſeinen ganzen Antheil nicht vorläge. Hiernach wurde auch erkannt und die dagegen ergriffene Kaſſation verworfen.

Uebrigens kam bei dem Gerichtshofe zu Nimes die Frage vor, ob gleichwohl nicht eine partielle Theilung, der noch keine andere vorausgegangen und keine nachgefolgt ſei, für ſich allein angefochten werden könne, und ſie wurde bejahend entſchieden, weil alsdann noch die Theilung für ſich beſtehe und der Verletzte ſonſt keine Hülfe erhalten könnte bis zur Beendigung der allgemeinen Theilung, die zur Zeit vielleicht für keinen der Betheiligten wünſchenswerth ſei, auch dadurch einer Verletzung im Ganzen zum voraus vorgebeugt werde. —

Weiter kam in Frage, ob bei mehreren partiellen Theilungen die zehnjährige Verjährung eintrete in der Art, daß die Verletzung nur nach den ſpäteren zu bemeſſen ſei. Allein der Gerichtshof zu Rouen bemerkte gegen dieſen Einwand, es handle ſich hier nicht daeum, die früheren Theilungen umzuſtoßen, ſondern nur um eine fingirte Beiziehung jener Maſſentheile zur Berechnung des ganzen Beſtands, um danach zu ermeſſen, ob am Ende eine Verletzung vorhanden ſei oder nicht. Sirey 1841. I. pag. 390.

4) Art. 939. 941.

Rabot, der an Geffroy 500 Fr. zu fordern hatte, erwirkte Beſchlag auf die Früchte auf dem Halm, und als die Kinder des Schuldners Einſprache erhoben, weil die fraglichen Güter mütterlich und durch Theilung ihrer Eltern auf ſie übergegangen ſeien, hielt Rabot ihnen entgegen, die Theilung (welche nach Art. 1076 einer Schenkung gleichſtehe) ſei nicht tranſcribirt, alſo ihm gegenüber nicht wirkſam. Das Gericht hielt den Rabot als bloßen Chirographar-Gläubiger nicht für berechtigt, den Schenknehmern den Mangel des Eintrags entgegen zu halten und hob den Beſchlag auf. Der Kaſſationshof dagegen, der ſich hier zum erſtenmal über dieſe Streitfrage anzuſprechen hatte, kaſſirte das Urtheil: denn wenn auch der Art. 939 den Eintrag nur für die Schenkung ſolcher Güter, an denen Unterpfandsrecht ſtatt haben kann, vorſchreibe, ſo folge daraus noch nicht, daß der Mangel des Eintrags nur von den Pfandgläubigern des Schenkers vorgeſchützt werden könne, vielmehr ſtehe dieſer engen Auslegung der Art. 942 entgegen, wonach mit gewiſſen hierher nicht gehörenden Ausnahmen jeder, der dabei ein Intereſſe habe, ſich auf den Mangel der Tranſcription berufen könne, und ein ſolches Intereſſe habe Rabot; wenn nämlich die Güter auch nicht ſeinem Schuldner Geffroy, ſondern deſſen Frau gehörten, ſo würden erſterem doch, als Herrn der Gütergemeinſchaft, deren Früchte zuſtehen, wenn die Schenkung nicht wäre, und könnten alſo auch ohne die letztere von Rabot in Beſchlag genommen werden. Ueber dieſe Streitfrage ſ. m. Hilgard Annalen der bayer. Ger. B. II. S. 100 und Bekk dingliche Rechte. S. 58. Sirey 1841. I. pag. 394.

5) Art. 1860. 1988. 2124, C. de comm. 24. 27. 28.

Das geſchäftführende Mitglied einer unbenannten Geſellſchaft kann deren Liegenſchaften gültig nicht verpfänden, wenn er nicht beſonders dazu ermächtigt iſt. Man wollte das Gegentheil daher leiten, weil nach Art. 27 C. de comm. die vertrauten Geſellſchafter nicht handeln dürfen, mithin der Geſchäftsführer für ſie handeln müſſe; allein hiergegen wurde bemerkt, daß gerade deßhalb, weil die Geſellſchafter ſelbſt nicht handeln dürfen, der Geſchäftsführer nur um ſo mehr an die Geſellſchaftsgeſetze, auf die ſich die Geſellſchafter verlaſſen müßten, gebunden ſei. Sirey 1841. I. pag. 395.

6) Art. 1554. 1560. 1304.

Als 12 Jahre nach dem Tode der Ehefrau deren Erben die mit Ermächtigung des Ehemannes geſchehene Veräußerung von Dotalgütern anfechten wollten, ſetzten ihnen die Käufer die Einrede der zehnjährigen Verjährung des Art. 1304, die vom Tage der Eheauflöſung laufe, entgegen. Die Erben ſuchten auszuführen, die Klage verjähre erſt in 30 Jahren und der Art. 1304 ſei hierher nicht anwendbar, weil er von Klagen auf Vernichtung und Umſtoßung, alſo von relativer Nichtigkeit ſpreche, auf welche gültig verzichtet werden könne, während Veräußerungen von Dotalgütern zufolge Art. 1554 abſolut nichtig und durch keinen Verzicht zu heilen ſeien, daher auch die hierwegen geſtattete Klage

Digitized by Google

im Art. 1560 als Widerrufs- (Aufhebungs-) Klage bezeichnet werde. Der Absatz 2 des Art. 1304 selbst beweise dieß, indem er von Rechtshandlungen *nicht ermächtigter* Ehefrauen spreche, also Handlungen im Auge habe, welche *mit* Ermächtigung des Ehemannes gültig stattfinden könnten, während die Veräußerung eines Dotalguts selbst mit dieser Ermächtigung nichtig sei. Allein die Einrede der Verjährung wurde für gegründet erachtet und die Kassation verworfen, weil die Widerrufsklage des Art. 1560 ihrem Wesen nach nichts anderes sei, als eine Nichtigkeitsklage; weil die Nichtigkeit des Art. 1560 nicht von einem Dritten, sondern nur von dem Manne und der Frau oder deren Erben geltend gemacht werden könne, somit keine absolute sei, und weil Abs. 2 des Art. 1304 nicht die Absicht habe, die allgemeine Regel des Abs. 1 zu beschränken, sondern nur von dem häufigsten Falle spreche, in welchem Ehefrauen ihre Handlungen anfechten, nämlich wegen fehlender Ermächtigung. — Im badischen Landrecht ist überdieß der Ausdruck des Art. 1560 faire révoquer mit „*als ungültig bestreiten*" übersetzt.

Uebrigens unterscheiden die Ausleger, ob die *Frau* mit oder ohne Ermächtigung des Mannes, oder ob der *Mann allein* das Dotalgut veräußert hat. In den ersten Fällen lassen sie die 10jährige, im letzten Fall aber nur die 30jährige Verjährung zu, weil dieser Fall demjenigen ganz gleichstehe, wo ein *Nichteigenthümer* veräußert habe. *Duranton* glaubt zwar, daß im letzten Fall auch die 10- oder 20jährige Verjährung alsdann Platz greifen könne, wenn der Käufer in gutem Glauben sei: allein Toullier bemerkt hiergegen, die 10 oder 20jährige Verjährung erfordere außer dem guten Glauben auch einen *gerechten Titel* und einen vom Gesetz mißbilligten Erwerbtitel könne man keinen gerechten nennen. Duranton XV no. 521. Toullier XIV no. 232. Sirey 1841. I. p. 397.

7) Art. 701. 703.

Ein Wiesenbesitzer hatte seit langer Zeit an einer nahe an seiner Grenze stehenden Eiche seines Nachbars sein Geländer mit einem Kloben befestigt und als der Nachbar die Eiche umhieb, erhob er eine Besitzklage wegen Störung in dieser seiner offenen und selbstständigen Dienstbarkeit dahin, daß der Nachbar einen andern Baum zu pflanzen und bis derselbe groß genug sei, einen Pfosten zu setzen habe. Er siegte in erster Instanz, wurde aber in zweiter Instanz abgewiesen und die dagegen ergriffene Kassation verworfen, indem man annahm, es lasse sich zwar an einem Baume, so lange er nicht vom Boden getrennt sei, eine Dienstbarkeit denken, aber keine ewige, sondern eine mit dem Gegenstande selbst wieder erlöschende, die daher in Ermangelung eines Vertrags als Sache der bloßen Duldung erscheine, und wollte man sie auch als ein *Recht* ansehen, so berechtige das Umhauen des Baumes nur zur Entschädigung, indem derselbe Baum nicht wieder hergestellt und die vergängliche Dienstbarkeit nicht in eine ewige umgewandelt, daher der Eigenthümer nicht zu einer neuen Pflanzung angehalten werden könne.

Richtiger ist wohl, daß ein Baum, wenn er auch, als mit dem Boden zusammenhängend, liegenschaftlicher Natur ist (Art. 520. 521), dennoch *für sich allein nicht* Gegenstand einer eigentlichen Dienstbarkeit sein kann; denn er ist für sich und, abgesehen vom Boden, kein „*Grundstück*" (héritage), wie der Art. 637 zum Wesen einer Grunddienstbarkeit fordert, sondern nur die Zugehörde eines Grundstücks und kann daher nur in so fern, als *auf dem Grundstück selbst* eine Dienstbarkeit ruht, von der letztern mitergriffen werden (als Vorrichtung, Mittel zur Ausübung), nicht aber für sich allein dazu dienen. Sirey 1841. I. pag. 414.

8) Art. 2135.

Zufolge des Ehevertrags brachte die Frau nur 3000 Fr. in die Gemeinschaft und behielt sich alles übrige Vermögen, was sie besaß oder noch durch Erbschaft oder wie sonst erwerben werde, als *ihr eigenthümlich gehörend*, bevor. Es fielen ihr während der Ehe mehrere Erbschaften an, die jedoch der Mann als gesetzlicher Vermögensverwalter erst mehrere Jahre nach dem Anfall einzog. Schon vor diesem Einzug hatte der Mann seine Güter verpfändet, und als er in Gant fiel, verlangte der Pfandgläubiger Vorzug vor den Erbschaftsforderungen der Frau, weil der Art. 2135 Abs. 3 der Frau nur für *Ehesteuergelder* (sommes dotales) aus Erbschaften ein vom Anfall der Erbschaften anfangendes Pfandrecht einräume, die Forderung der Frau aber nach dem Ehevertrag kein Ehesteuergeld, sondern nur Paraphernal-Vermögen sey, daher ihr Pfandrecht sich nur von der Zeit des *Einzugs* durch den Mann datire. Allein die Frau behielt den Vorzug, indem das Appellationsgericht und der Kassationshof annahmen, der

Digitized by Google

Art. 2135 Abſ. 3 ſei nach dem Art. 1540 auszulegen, wonach ſowohl in Gemeinſchafts- oder in den nach Art. 1530 eingegangenen Ehen, als in Dotalehen alles Beibringen der Frau als Eheſteuer gelte, was dazu diene, um die Laſten der Ehe zu beſtreiten, und beſtehe ſolches in anerfallenden Erbſchaften, ſo beginne das Pfandrecht vom Anfall an, weil von da an dem Mann als geſetzlichem Verwalter das Recht und die Pflicht zur Verwaltung dieſer Erbſchaften zukomme. — So auch Troplong (hyp. no. 575) — Sirey 1841. I. pag. 448.

9) Art. 724. 756.

Das natürliche Kind kann von ſeinem Anſpruch an den Nachlaß ſeiner Eltern Früchte oder Zinſen nur vom Tage an fordern, wo es die Auslieferung verlangt; denn es iſt kein Erbe, der kraft des Geſetzes in den Beſitz und Gewähr ſeines Antheils tritt, ſondern muß die Einweiſung verlangen und bis dahin genießen die Erben die Früchte in gutem Glauben. Umgekehrt hat es aber auch die ſeit dem Tod des Erblaſſers bezogenen Früchte und Zinſen ſich nicht aufrechnen zu laſſen, weil nur Erben ſolche einzuwerfen haben. Sirey 1831. I. pag. 18, und 1841. I. pag. 454.

10) Art. 2121. 2135. 882.

Die während der Gütergemeinſchaft vom Manne veräußerten Errungenſchaftsliegenſchaften unterliegen dem geſetzlichen Pfandrechte der Frau nur dann, wenn die Frau auf die Gütergemeinſchaft verzichtet; ſie ſind aber davon befreit, ſobald die Frau die Gemeinſchaft annimmt: denn der Mann als Herr der Gemeinſchaft iſt zugleich der geſetzliche Mandatar der Frau, die daher deſſen Handlungen nicht anfechten kann, ſondern dem Grundſatze unterliegt, quem de evictione tenet actio etc. — So auch Troplong hyp. no. 433ter.

Der Käufer einer ſolchen Liegenſchaft hat das Recht, bei der Vermögenstheilung der Eheleute zu interveniren, wenn die Liegenſchaft, die er auf dieſe Weiſe eigenthümlich erworben hat, gleichwohl wieder unter das Vermögen der Eheleute aufgenommen werden ſoll. Sirey I. pag. 550.

11) C. de comm. 441, Anh. S. 208, P.-O. §. 810. 839 u. 943.

Ein Lederhändler, der von ſeinem Gläubiger wegen einer Handelsſchuld gepfändet werden ſollte, ließ ſein ganzes Geſchäft im Stich und zog als Privatmann in eine andere Stadt. Die Beſchlagnahme und Veräußerung des zurückgelaſſenen Vermögens zeigte eine Unzulänglichkeit zur Befriedigung des Gläubigers und es wurde auf deſſen Antrag Gant erkannt. Dieſes Erkenntniß ſuchte der Beklagte deßhalb anzufechten, weil, wo nur ein Gläubiger vorhanden ſei, eine Gant nicht ſtattfinden könne: allein ſein Kaſſationsgeſuch wurde verworfen. Jeder Handelsmann, der ſeine Zahlungen einſtelle, ſei nach Art. 437 des C. de comm. (Anh. S. 206) im Zuſtande des Fallments: die Zahlungseinſtellung im Sinne des Geſetzes ergebe ſich aber nicht ſowohl aus dem Daſeyn mehrerer Gläubiger, als vielmehr aus der Vermögenslage und dem ganzen Zuſtande des Schuldners (Art. 437. 441 und 449 C. comm., Anh. S. 206. 208. 217), ſei alſo auch dann anzunehmen, wenn derſelbe zwar nur gegenüber einem Gläubiger nicht zahle, aber dazu noch ſeine Entfernung, die Schließung ſeiner Waarenlager, der offenkundige Verfall ſeiner Handlung, ſomit eine nicht bloß vorübergehende, ſondern völlige Zahlungsunfähigkeit hinzukomme, wobei der zur Zeit allein vorhandene Gläubiger nicht wiſſen könne, ob nicht auch noch andere auftreten mögen. Verliere dadurch der Schuldner wegen eines Gläubigers ſeine Handelsbefähigung, ſo ſei dieß Folge ſeines Standes und des Rechts ſeines Gläubigers, Ganterklärung zu fordern (auf welches Recht derſelbe bei ſeinen Geſchäften mit dem Schuldner gerechnet haben könne), und aus den verſchiedenen Beſtimmungen des Geſetzes über das Verfahren in Handelsganten, welche eine Mehrheit von Gläubigern vorausſetze, folge nicht die Nothwendigkeit einer ſolchen Mehrheit zur Ganteröffnung, indem das Geſetz damit nur das Verfahren bei ſolchen Ganten habe beſchleunigen und regeln wollen. — Dieſe Anſicht dürfte noch Unterſtützung finden in dem Intereſſe, daß auch ein einzelner Handelsgläubiger bei der Ganteröffnung deßhalb haben kann, weil es ihm dann leicht wird, die in die letzte Zeit fallenden Handlungen des Schuldners umzuſtoßen, ein Recht, welches in Handelsganten ohne Vergleich wichtiger iſt und häufiger benutzt wird, als in gewöhnlichen, zumal in erſterer auch eine Rückdatirung der Ganteröffnung ſtattfindet. — Anders entſchied das Appellationsgericht zu Paris. Sirey 1839. II. 139. 1841. I. pag. 570. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 7. Karlsruhe den 23. Juli 1842.

1) C. de comm. Art. 37, Anh. S. 37.

Mehere Aktionäre einer angeblich mit Genehmigung der Regierung bestehenden unbenannten Gesellschaft erfuhren, daß es an dieser Genehmigung fehle. Als sie auf Rückersatz ihrer Auslagen frei von allen Gesellschaftslasten klagten, wurde eingewendet, es finde nur eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft und Liquidation statt, wobei die Kläger ihren Antheil, Auslagen und Verlust zu übernehmen hätten. Allein es wurde nach der Klage erkannt und die Kassation verworfen, indem beim Mangel der Staatsgenehmigung die Gesellschaft als gesetzlich gar nicht bestanden zu betrachten, daher nicht auf Auflösung, sondern lediglich auf Rückersatz zu erkennen sei.

Diese strenge Ansicht beschränkt sich jedenfalls nur auf unbenannte Gesellschaften, und selbst bei diesen nehmen die Rechtslehrer in dem Fall, wo die Aktionäre um den Mangel der Staatsgenehmigung wußten, keine absolute Nichtigkeit an, sondern halten dieselben an die von der Gesellschaftsverwaltung in den Grenzen ihres Auftrags eingegangenen Verbindlichkeiten gebunden. Sirey 1841 I. pag. 579.

2) C. de comm. 42 51, Anh. S. 42. 51.

In einer offenen Gesellschaft entstand Streit über die Einlage eines Gesellschafters und es wurde auf Ernennung von Schiedsrichtern geklagt, die ohne Berufung erkennen sollten, wie dies im Vertrag ausgemacht war. Obgleich eingewendet wurde, der Vertrag sei wegen unterbliebenem Eintrag in das öffentliche Buch und Anschlag nichtig, so wurde dennoch nach der Klage erkannt. Der Cassationshof nahm aber an, eine wenn auch zufolge Art. 42 nichtige Gesellschaft bleibe, zwar soweit sie vollzogen sei, immerhin eine vollendete Thatsache und als solche falle sie unter die Vorschrift des Art. 51. d. h. die vor der Anfechtung entstandenen Streitigkeiten gehören vor Schiedsrichter: allein die Nichtigkeit habe doch die Folge, daß die Schiedsrichter nicht ohne Berufung entscheiden dürfen; denn daß Schiedsrichter entscheiden sollen, beruhe auf dem Gesetze, daß sie aber ohne Berufung entscheiden sollen, beruhe lediglich auf dem Vertrag, und ein nichtiger Vertrag könne keine vom Gesetz abweichende Jurisdiktion begründen, sondern es bleibe bei der gesetzlichen Regel (Art. 52), wonach Berufung stattfinde. Somit wurde das Urtheil kassirt. Sirey 1841 I. pag. 586.

3) Art. 1291.

Gy verkaufte ein Haus gegen eine jährliche Leibrente von 80 Fre. mit dem Geding der Vertragsauflösung, wenn zwei Jahresrenten in Rückstand kämen, und nachdem vier mit 320 Fre. rückständig waren, klagte er auf Auflösung des Vertrags. Der Beklagte schützte compensando eine Gegenforderung vor, wurde jedoch nur mit 136 Fre. zur Compensation zugelassen, weil der Rest nicht liquid sei und da hiernach über 2 Jahresrenten im Rückstand blieben, die Auflösung erkannt. Nun erhob der Beklagte eine Klage, erwirkte ein weiteres Liquiderkenntniß auf 114 Fre., appellirte dann gegen das Auflösungsurtheil, und wollte dabei auch letztere 114 Fre. kompensiren, so daß über 2 Jahresrenten getilgt gewesen wären. Allein das unterrichterliche Urtheil wurde bestätigt und die Cassation verworfen, einmal weil die letztere Gegenforderung weder zur Zeit der Klaganstellung noch bei Erlassung des unterrichterlichen Urtheils liquid gewesen, sodann weil inzwischen wieder eine dritte Jahresrente fällig ge-

Digitized by Google

worden und der Kläger berechtigt sein müsse, der neuen Compensationseinrede, falls sie zulässig wäre, dies als neue Replik entgegenzusetzen, obgleich letztere als ein neuer Klaggrund erscheine. Sirey 1841 I. p. 582.

4) Art. 1289.

Der Erbe der Frau Duchesne in Savoyen verlangte Entscheidung, daß auf den in Frankreich gelegenen Liegenschaften des Ehemannes der Erblasserin ein gesetzliches Pfandrecht für das eheweibliche Einbringen von 3000 Fr. hafte. Düret, der diese ehemännlichen Liegenschaften erkauft hatte, wendete ein, Frau Duchesne habe ihrem Manne 3000 Fr. durch Testament vermacht, wodurch Compensation eingetreten, also das gesetzliche Pfandrecht erloschen sei: der Erbe replicirte, dies Testament sei von den savoyischen Gerichten für nichtig erklärt. Die französischen Gerichte (auch der Cassationshof) nahmen an, das Testament sei nach französischem Rechte gültig, das ausländische Urtheil binde die französischen Gerichte nicht, und sowie der Ehemann selbst vor den letztern sein Vermächtniß habe vorschützen dürfen, um Compensation zu begründen, so könne es auch der Käufer Düret: daher wurde die Klage verworfen. Sirey I. p. 583.

5) C. de comm. Art. 173, Anh. S. 173.

Viguerie übertrug einen auf seine Verfügung und an seinem (jedoch nicht benannten) Wohnsitz zahlbaren Wechsel an Paskal, und nach mehreren weitern Uebertragungen kam er an die Bank zu Toulouse mit dem Beisatz „zahlbar bei Paskal in Toulouse." Auf Zahlungsweigerung des letztern ließ die Bank den Wechsel in dessen Wohnung protestiren und klagte gegen denselben sowie gegen die übrigen Indossanten auf Zahlung, diese aber gegen Viguerie auf Gewährleistung, wogegen der Letztere einwendete, da der Wechsel zahlbar in seinem Wohnsitz laute, so habe der Protest bei ihm und nicht bei Paskal eingelegt, oder, falls der Ort unbekannt war, gemäß Art. 173 letzter Absatz ein Nachforschungsakt vorgenommen werden müssen, und da dies nicht geschehen, finde gegen ihn kein Rückgriff statt. Allein er wurde für haftbar erklärt und die Cassation verworfen, weil er den Wechsel ohne Ortsbezeichnung in den Handel gebracht habe und sich daher auf die Unterlassung des Protestes an diesem Ort nicht berufen könne. — Der letzte Absatz des Art. 173 wurde gar nicht in Erwägung genommen ohne Zweifel, weil er nur von Angabe eines falschen Wohnsitzes handelt. Sirey 1841 I p. 590.

6) Art. 896.

In einem Testamente hieß es am Schluß: „den Rest meines ganzen Vermögens vermache ich der P. Schwarz als einer einzigen Erbin." In einem spätern Codizill wurde beigefügt, daß beim kinderlosen Absterben der Schwarz dieses Vermächtniß zuerst zum Genuß ihrer Mutter, nach deren Tod aber das Eigenthum den gesetzlichen Erben gehören soll. Die gesetzlichen Erben fochten diese Verfügung als eine verbotene Substitution enthaltend an, wogegen die Schwarz eventuell einwendete, daß die Nichtigkeit der Verfügung des Codizills angenommen, doch die im Testament, also in einem getrennten Akt enthaltene Erbeinsetzung gültig bleibe. Allein es wurden beide Verfügungen für nichtig erkannt, weil sie zusammen ein Ganzes bildeten und eine verbotene Substitution (nicht eine bloße Vulgarsubstitution) enthielten, indem die Schwarz die Erbschaft annehmen und bis zu ihrem Tode behalten und dann wieder an andere überlassen soll. Sirey 1841 I. p. 604.

7) Art. 197.

Um die eheliche Geburt des Beklagten, dessen Eltern öffentlich als Ehegatten gelebt hatten und der einen mit der Geburtsurkunde übereinstimmenden Standesbesitz für sich hatte, anzufechten, berief sich Kläger auf die Nichtigkeit des Heirathsaktes der Eltern, welche nicht von dem bürgerlichen Standesbeamten, sondern nur vom Geistlichen getraut waren, behauptend, der Art. 197 nehme eheliche Geburt nur dann an, wenn zu den obenerwähnten Umständen ein völliger Mangel eines Heirathsaktes hinzukomme, nicht aber wenn ein solcher Akt vorhanden, aber nichtig sei. Allein die Gerichte und der Cassationshof entschieden, es komme auf das Dasein eines Heirathsakts gar nicht an, mithin auch nicht darauf, ob er gültig sei oder nicht, sondern es genüge an dem öffentlichen ehelichen Zusammenleben der Eltern und am Standesbesitze des Kindes, sobald erstere gestorben seien. Sirey 1841 I. p. 616.

8) Art. 893. 1035.

Verdat vermachte seinem Sohne sein ganzes Vermögen nach Abzug der Pflichttheile; später übergab er einem Notar mehrere Wechsel indossirt auf einen ungeschrieben

Digitized by Google

belassenen Namen, jedoch mit dem mündlichen Auftrag, solche nach seinem Tode seiner Tochter zu übergeben, die den Betrag zu erheben habe. Der Bruder focht die Zuwendung der Wechsel an, weil sie eine versteckte und nur mündlich geschehene Schenkung sei und wegen des mangelhaften Indossament auch nicht als Handgeschenk (don manuel) bestehen könne. Allein die Gerichte und der Cassationshof sprachen aus: Verdat sei durch sein Testament nicht gehindert gewesen, zu Gunsten seiner Tochter zu verfügen, und wie er dies direkt durch ein Testament oder durch Schenkung unter Lebende habe thun können, so auch durch eine versteckte Schenkung. Hierbei genüge es am Beweise (auch duech Zeugen), daß er ungeachtet des Testaments die Schenkung vollzogen haben wollte, und habe es einer Aenderung oder Rücknahme des Testaments, wie Art. 1035 vorschreibe, nicht bedurft: denn die Gültigkeit solcher veesteckten Schenkungen hänge nicht von dee Einhaltuug besouderer Förmlichkeiten ab, insbesondeee seien dieselben nicht als gewöhnliche Uebertragung von Forderuugsrechten gemäß Art. 1689 anzusehen, so daß es auf die Regelmäßigkeit des Indossaments ankäme, vielmehr frage sich nur, ob nach alleu Umständen die unzweifelhafte Absicht einer Begünstigung vorliege, und dies sei hier der Fall. Sirey 1841 I. p. 622.

9) C. de comm. 93, Anh. S. 93.

Ein Schneider zu Dünkirchen brachte eine Ladung Kleider zu Schiff für die Kolonien und beauftragte den Commissionär Karlier zu Dünkirchen mit der Besorgung des Verkaufs, was diesee durch seine Correspondenten auch thun ließ. Als der Schneider in Gant fiel, entstand Streit, ob dem Karlier, der ihm Vorschüsse gemacht hatte, ein Vorzugsrecht auf den Erlös der Kleider zustehe, denn (so wendete die Gantmasse ein) diese Waaren seien dem Karlier nicht „von einem anderen Platze" zugesendet worden, weil er und der Schneider in Dünkirchen wohnten. Allein es wurde angenommen, die Correspondenten auf den Kolonien verträten die Stelle des Commissionärs, der Fall sei also so anzusehen, als ob Letzterer selbst die Waare dort übernommen und für den Eigenthümer verkauft hätte, weßhalb ihm das Vorzugsrecht zustehe. Sirey 1841 I. p. 626.

10) Art. 303.

Auch bei der Trennung von Tisch und Bett können ebenso wie bei der Ehescheidung die Kinder der Mutter anvertraut werden, wenn es zweckmäßiger erscheint. Hat der Richter den Unterhalts- und Erziehungsbeitrag bis zur Volljährigkeit der Kinder festgesetzt, so kann gleichwohl Minderung gemäß Art. 208 u. 209 bei veränderten Verhältnissen verlangt werden, es wäre denn im Urtheil dieses Recht ausdrücklich aberkannt. Sirey 1841 I. p. 630.

11) Art. 641. 692.

Ein Waschhaus erhielt sein Wasser aus der Quelle des Nachbargutes mittelst eines Kanals, und da früher Waschhaus und Gut einem Eigenthümer gehört hatten, berief sich der Eigenthümer des erstern zur Behauptung des Wasserbezugs auf die destinatio patrisfamilias. Die Gerichte entschieden zwar, dieser allgemeine Erwerbtitel finde nicht statt, weil das Gesetz in Art. 641 und 642 zur Erwerbung einer derartigen Dienstbarkeit nur Vertrag und Verjährung zulasse: allein der Cassationshof hob das Urtheil auf, denn zufolge Art. 688 und 689 seien Wasserleitungen mittelst äusserer Anlagen offene und ständige Dienstbarkeiten, für solche aber gelte nach Artikel 692 die Bestimmung des Eigenthümers als Eewerbtitel und die Art. 641 und 642, welche hauptsächlich die Bedingungen der Verjährung für derartige Dienstbarkeiten festsetzen wollten, schlössen jenen allgemein aufgestellten Titel nicht aus. Sirey 1841 I. p. 638.

12) Art. 791. 1130. 1600.

Die Eltern des Bräutigams schenkten im Ehevertrage ihrer künftigen Schwiegertochter ein Viertheil ihres ganzen nach ihrem Tode noch vorhandenen Vermögens, falls ihr Sohn zuerst sterbe, ohne Kinder zu hinterlassen. Dieser Fall trat ein und nun kam zwischen den Eltern und der Schwiegertochter ein Vertrag zu Stande, wonach letztere gegen Empfang mehrerer Liegenschaften auf die Schenkung des Eheverteags verzichtete. Deßungeachtet forderte nach dem Tode der Eltern die Schwiegeetochter von dem Erben die Ausfolgung des ¼ Nachlaß, weil der Vertrag, als einen Verzicht auf eine künftige Erbschaft enthaltend, nichtig sei, und nun fragte es sich, ob das Verbot der obigen Artikel auch auf vertragsmäßige Erbrechte Anwendung finde? Sowohl das Appellationsgericht als der

Digitized by Google

Cassationshof bejahten diese Frage, weil solche Erbrechte von gesetzlichen nur in ihrem Entstehen nicht aber in ihren Wirkungen verschieden seien. So auch Toullier XII. Nr. 16. — Sirey 1841 I. p. 685.

13) C. de comm. 109.

Baraignes wurde für schuldig erkannt, den Duprat die versprochene Waare zu liefern: sie kamen indessen überein, Ersterer sollte statt dessen dem Letzteren die 8000 Fr. wieder rückzahlen, die er für die Waare erhalten hatte. Nach zwei Abschlagszahlungen behauptete Baraignes, er habe die ganzen 8000 Fr. bezahlt, indem er sich auf die Quittungen stützte; Duprat aber wollte durch Vermuthungsbeweis darthun, daß die zweite Quittung über 5000 Fr. zugleich die in der ersten Quittung bescheinigte Summe von 3000 Fr. enthalte, der Schuldner also nicht 8000 sondern nur 5000 Fr. bezahlt habe. Der Unterrichter nahm mit Pardessus (droit comm. N. 263) an, es liege kein Handelsgeschäft vor, sondern die Zahlung sei Folge des Urtheils, also einer Schuld, die, wenn auch ursprünglich durch ein Handelsgeschäft entstanden, doch durch das Urtheil eine bürgerliche Verbindlichkeit geworden sei und keinen Zeugenbeweis, also auch keinen Vermuthungsbeweis zulasse. Allein das Appellationsgericht und der Cassationshof erklärten letztern Beweis für zulässig, weil Urtheile nicht Rechte schaffen, sondern nur aussprechen, das Handelsgeschäft also dadurch nicht aufgehört habe ein solches zu sein und die Zahlungen damit zusammenhiengen. Sirey 1841 I. p. 710.

14) C. de comm. Art. 437, Anh. S. 208.

Die Rückdatirung einer Ganteröffnung vom Juni auf den 1. Mai wurde darum bestritten, weil zwar am 1ten Mai vier Wechsel mangels Zahlung protestirt, aber theils noch im Mai bezahlt, theils auf den 27. Mai erneuert worden seien. Allein es wurde die Rückdatirung erkannt, weil die bezahlten drei Wechsel unbedeutend waren, der vierte erneuerte auch in der verlängerten Frist nicht bezahlt wurde, weil ferner der Gläubiger selbst, der die Rückdatirung bestritt, am 11. Mai sich mit Pfandrecht zu decken gesucht, am 13. Mai eine große Partie Waaren, die erst im Juni zahlbar gewesen, zurückgezogen hatte und am 1. Juni sechs weitere Wechsel protestirt worden waren. Denn aus diesem Verlauf ergebe sich, daß schon vom 1. Mai an nicht blos eine vorübergehende Zahlungsverlegenheit, sondern der Wechselprolongation ungeachtet eine Zahlungseinstellung vorhanden gewesen sei. In einem andern Falle, wo zur Zeit der Wechselproteste die Zahlungsunfähigkeit und Einstellung nicht so klar vorlag, wurde die Ganteröffnung nur auf die erneuerte Zahlungsfrist rückdatirt. Sirey 1841 I. p. 714 und 1833 II. 101.

15) Art. 900. 1130.

Der Mann hatte seiner Frau sein ganzes Vermögen vermacht, „unter der Bedingung, daß, wenn nach ihrem „Tode noch etwas von dem ihr gehörigen Vermögen vorhanden sei, solches zur Hälfte ihren und zur andern „Hälfte seinen Erben zugetheilt werden soll." Nach seinem Tode vermachte die Frau gleichwohl ihr ganzes eigene und vom Mann herkommende Vermögen ihren Erben, weshalb die Erben des Mannes diese Verfügung anfochten. In beiden Instanzen wurde hiernach erkannt, da die Frau die ihr zugewendete Freigebigkeit unter der vom Mann gesetzten Bedingung, welche weder dem Gesetz noch den guten Sitten zuwieder sei, angenommen daher solche auch zu erfüllen habe. Allein die Entscheidung wurde wegen Verlegung der obigen Sätze kassirt in Betracht, daß Niemand für einen Andern testiren könne, die Gerichte daher die Bedingung, wodurch der Mann in seinem Testament über den künftigen Nachlaß seiner Frau verfügt habe, als nichtgeschrieben hätten ansehen sollen. — Hätte der Mann seinen Erben einfach zugewendet, was von seinem Nachlaß nach dem Tode der Frau noch übrig sein möchte, (si quid supererit) so wäre dies gültig gewesen. Sirey 1832 I. p. 604. Er legte aber (wie die Gerichte wenigstens seine Verfügung verstanden) nicht nur der Frau die Pflicht auf, was übrig blieb zur Hälfte seiner Erben zuzuwenden, was eine verbotene Substitution (de eo quod supererit) war, sondern die Frau sollte auch die Hälfte ihres eigenen Nachlasses seinen Erben überlassen, was eine Verfügung über fremdes Vermögen und zwar über eine künftige Erbschaft enthielt. Sirey 1841 I. p. 718.

Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 8. Karlsruhe den 17. September 1842.

1) Art. 1384.

Porcher, der seinen minderjährigen Sohn unter Aufsicht der Mutter in der nur sechs französische Meilen entfernten Stadt studiren ließ, wozu er für Beide auf seine Kosten eine Wohnung gemiethet hatte, wurde auf Entschädigung belangt, weil der Sohn einem andern Schüler mit der Armbrust ein Auge ausschoß. Er wandte ein, sein Sohn habe nicht, wie obiger Satz fordere, bei ihm gewohnt und er hafte nicht für die Aufsicht seiner Frau. Allein er wurde zu 5000 Fr. Entschädung verurtheilt und die Kassation verworfen, weil der Satz nicht wörtlich zu nehmen sei, es vielmehr bei der geringen Entfernung genüge, daß der Vater auf die Aufsicht fortwährend habe einwirken können, und habe er hiernach neben seiner Frau den Schaden verschuldet, so hafte er und zwar gegenüber dem Beschädigten allein, weil nach obigem Satze, so lange er lebe, nur er allein belangt werden könne. Sirey 1841. I. p. 751.

2) Art. 1322. 1328. 1315.

Die Erbin eines Vermögensverwalters wurde wegen verweigerter Rechnungsstellung zur Zahlung von 20,000 Fr. verurtheilt und diese Foderung cedirte der Gläubiger im Jahre 1837 an Cheylan, der auch die Cession der Schuldnerin verkünden ließ, ohne daß diese etwas dagegen erinnerte. Aber im Jahre 1838 verlangte sie Aufhebung der gegen sie ergangenen Urtheile (Wiederherstellung) auf den Grund einer Privaturkunde von 1818, wornach der ursprüngliche Gläubiger ihren Erblasser für die Verwaltung bereits quittirt hatte. Sie siegte in beiden Instanzen, weil der mitbeklagte Gläubiger seine Unterschrift anerkannt habe, ohne daß Grund zur Unterstellung eines betrügerischen Einverständnisses desselben mit der Schuldnerin vorliege und die Anerkennung auch gegen den Cessionar als dessen Rechtsnachfolger wirke. Allein die Entscheidung wurde kassirt, weil der Cessionar hinsichtlich der Privaturkunde als Dritter gelte und solche gegen ihn kein sicheres Datum habe, auch die Schuldnerin die Cession sich ohne Einwendung habe verkünden lassen (d. h. weil sie die Urkunde nicht gleich bei der Verkündung der Cession produzirte oder produziren konnte, wodurch das Datum sicher gestellt worden wäre), weil endlich die Wiederherstellung die Cession, durch deren Verkündung der Cessionar direkter Gläubiger geworden sei, nicht aufhebe, daher die Befreiung von der Schuld immerhin nur durch eine gegen ihn wirksame Urkunde bewiesen werden könne. Sirey 1841 I. p. 756. Annalen IX. S. 355.

3) Art. 816. 2236. 2262. Landrechtsatz 2241 a.

Erben hatten den Nachlaß fürsorglich jedoch in der Art getheilt, daß jeder berechtigt war, die ihm zugetheilten Liegenschaften zur Tilgung seines Schuldenantheils zu veräußern, vorbehaltlich indessen der definitiven Liquidation: Nur ein Gut war ungetheilt unter der Verwaltung eines Dritten übrig gelassen. Nach mehr denn 40 Jahren verlangte eine Erbin sowohl die definitive Liquidation der Erbtheilung, als die Theilung des Guts, das inzwischen einer der Miterben seit 30 Jahren, unbekannt aus welchem Titel, in Besitz hatte. Sie wurde auf die ihr entgegengesetzte Einrede der Verjährung abgewiesen und die Kassation verworfen. Die fragliche Theilung sei nämlich nicht bloß zum Genuß, sondern zu Eigenthum in so fern geschehen, als die Theilhaber zur Veräußerung

Digitized by Google

ermächtigt gewesen seien: die allein noch vorbehaltene definitive Liquidation könne daher nicht sowohl eine endliche Theilung als eine gegenseitige Berechnung über das Ergebniß der schon vollzogenen Theilung bezweckt haben, und eine Klage auf diese Liquidation sei also nicht unverjährbar wie eine Theilungsklage, sondern verjähre wie jede gewöhnliche Klage in 30 Jahren. Betreffend das noch ungetheilte Gut, so sei ausgemacht, daß solches zur Zeit der Theilung nicht im Besitz des Miterben, sondern in der Hand eines Dritten zur Verwaltung gewesen sei. Habe es aber der Miterbe nicht als solcher, nämlich nicht als Miteigenthümer, in Besitz gehabt, sondern später aus unbekanntem Titel in Besitz bekommen, so habe er es in 30 Jahren ersitzen können, ohne daß er einen Titel nachzuweisen habe. Sirey 1841. I. p. 776.

4) Art. 217. 1124. 1312.

Eine Frau hatte sich ohne ihres Mannes Ermächtigung zum Betrieb eines Gutes nebst Mühle mit dessen Eigenthümer in einen Gesellschaftsvertrag eingelassen mit der Verbindlichkeit, einen jährlichen Pachtzins zu entrichten und als dieser Vertrag, als das Verwaltungsrecht der Frau (223) überschreitend, für nichtig erklärt wurde, forderte der Eigenthümer Entschädigung für Pachtzinse und Früchte, welche für die Zeit des Vertrags nach Gutachten von Sachverständigen hätte bezogen werden können, während die Frau sich nur zum Ersatz des von ihr wirklich bezogenen Ertrags für schuldig hielt. Sie wurde zwar nach dem Begehren des Eigenthümers verurtheilt, die Entscheidung aber kassirt. Wenn nämlich das Gesetz Minderjährige, Entmündigte und Ehefrauen zur Umstoßung ungesetzlich eingegangener Verträge zulasse, so bezwecke es hauptsächlich, sie vor allem ihnen dadurch zugehenden Schaden zu bewahren und dazu fruchte die Umstoßung allein ohne Befreiung vom Nachtheil nicht. Dieß folge klar aus Satz 1312: denn wenn sie danach selbst das, was an sie kraft des ungültigen Vertrags bezahlt wurde, nicht zu ersetzen hätten, als soweit sie dadurch bereichert worden, so könnten sie noch weniger gehalten sein, das zu ersetzen, was sie nicht erhalten oder bezogen haben und der Kontrahent möge den erlittenen Schaden seiner eigenen Unvorsichtigkeit zuschreiben. Die Frau habe daher mehr nicht, als den von ihr wirklich bezogenen Ertrag zu ersetzen. Sirey 1841. I. p. 781,

5) Art. 1477.

Eine Wittwe, welche die Hälfte am Gemeinschaftsvermögen und außerdem kraft Testaments ihres Mannes die Nutznießung vom ganzen Vermögen desselben anzusprechen hatte, wurde ihres Antheils am Gemeinschaftsvermögen für verlustig erklärt, weil sie solches im Betrag von 100,000 Fr. verheimlicht hatte. Nun verlangte sie aber die Nutznießung an diesem ganzen Betrag, also einschließlich der von ihr verwirkten Hälfte, weil letztere nunmehr der männlichen Masse zugeflossen sei und sie an dieser ganzen Masse die Nutznießung habe. Allein sie wurde nur zur Nutznießung von 50,000 Fr. für berechtigt erklärt und die Kassation verworfen, nicht nur weil sie durch ihre Verheimlichung jeden Anspruch an die zweite Hälfte, also sowohl ihr Eigenthums- als Nutznießungsrecht verloren habe, sondern auch, weil die verwirkte Hälfte zur Zeit der Testirung dem Manne nicht gehört habe, er also der Frau hieran keine Nutznießung habe zuwenden können. Sirey 1841. I. p. 802.

6) Art. 642.

Ein zwischen dem Eigenthum eines Gutsbebesitzers und jenem der Gemeinde fließender Bach diente dem Erstern seit undenklicher Zeit zur Bewässerung seines Guts und zum Betrieb seiner Hammerwerke, zu welchem Ende er mittelst eines auf beiden Ufern ruhenden steinernen Bau's in einen, auf das ausschließliche Eigenthum des Gutsbesitzers hinüberführenden Kanal abgeleitet wurde. Hundert Metres ober diesem Wasserbau floß von jeher eine auf dem Eigenthum der Gemeinde entspringende starke Quelle in diesen Bach und als die Gemeinde an dem Quellenbächlein eine zum Wässern dienende Vorrichtung anbrachte, wodurch dessen in den Bach abfließende Wassermasse und dadurch die Wassermasse des Baches selbst verringert wurde, klagte der Gutsbesitzer auf Hinwegräumung. In erster Instanz wurde auf Begutachtung von Sachverständigen erkannt, weil Kläger keine größere Dienstbarkeit als für sein wirkliches Bedürfniß durch Verjährung erworben habe und die Gemeinde berechtigt sei, den Ueberfluß an Wasser zu benützen. In zweiter Instanz aber wurde Kläger ganz abgewiesen und die Kassation verworfen. Soll nämlich ein Recht auf das in fremdem Eigenthum entspringende Wasser ersessen werden, so gehörten dazu offene Werke, welche ganz evi-

Digitized by Google

dent auf die Absicht, eben diese Wasser ausschließlich zu benützen, hindeuten. Kläger habe nun allerdings ein Bauwerk, welches auf einer Seite sogar auf dem Eigenthum des Beklagten ruhe, für sich: allein dasselbe sei 100 Metres von der Quelle entfernt und seine offene Bestimmung gehe nur auf Ableitung des Bachs, und nicht nothwendig auf die Benützung der entfernten und nicht auf künstliche, sondern auf natürliche Weise dahin abfließenden Quelle. Sirey 1841. I. p. 806.

7) Art. 1719.

Die Pächter eines Theaters gaben die damit verbundene Kaffeewirthschaft auf 12 Jahre in Unterpacht gegen einen jährlich vorauszuzahlenden Pachtzins von 2000 Fr. und gegen ein den Pachtzins auf die ganze Pachtzeit ergänzendes sogenanntes Handgeld von 30,000 Fr. Später cedirten sie den Theaterpacht an eine andere Gesellschaft und als jetzt das Theater abbrannte, forderte der Kaffepächter an diese Gesellschaft den Rückersatz nicht nur des vorausbezahlten Jahrespachts von 2000 Fr., sondern auch des Handgeldes von 30,000 Fr. So wurde auch, ungeachtet des Einwands, daß das Handgeld nur eine persönliche Begünstigung der frühern Gesellschaften gewesen sei, erkannt und die Kassation verworfen. Die beklagte Gesellschaft, als Cessionar der früheren, sei nämlich in all deren Verbindlichkeiten, welche sich auf die Pachtunternehmung beziehen, eingetreten, also, da der Unterpacht durch Untergang der Sache aufgelöst sei, zur Rückzahlung des vorausbezahlten Jahreszinses verpflichtet; eben so aber auch zur Rückzahlung des Handgeldes von 30,000 Fr., da solches nur als ein auf alle Jahre zu repartirender Vorschuß des Pachtzinses zu betrachten sei, mithin dem für ein Jahr vorausbezahlten Pachtzinse von 2000 Fr. ganz gleichstehe. Sirey 1841. I. p. 810.

8) Art. 558.

Der Eigenthümer eines Teichs klagte auf Grenzberichtigung mit den anstoßenden Güterbesitzern in der Art, daß vorerst die Grenzen des Teichs selbst bis zur Höhe des Abflusses bestimmt und sodann auch die zwischen dieser Grenze und dem Eigenthum der Anstößer befindlichen Parzellen ihm zugetheilt werden, weil letztere durch die gewöhnlichen periodisch wiederkehrenden Anschwellungen des Teichs jedesmal mit überschwemmt würden, daher zum Teich gehörten. Nach einer ältern Vermessung gehörten diese Parzellen nicht zum Eigenthum der Anstößer, dagegen beriefen sich letztere auf unvordenklichen Besitz, und es fragte sich, ob Ersitzung stattfinden konnte. Sie behaupteten, Alles sei verjährbar, was das Gesetz nicht ausnehme, der Satz 558 nehme aber nur den eigentlichen Umfang des Teichs von der Verjährung aus und nicht auch die weitere Umgebung, welche jeweils überschwemmt werde.

Die Gerichte nehmen an, eine Ersitzung sei schon deßhalb nicht eingetreten, weil kein ununterbrochen fortgesetzter Besitz von Seite der Angränzer habe stattfinden können. Der Kassationshof ging aber noch weiter: der Satz 588 bestimme, daß das Land, welches bis zur Höhe des Abflusses vom Wasser des Teichs bedeckt werde, dem Eigenthümer stets verbleibe, wenn auch die Masse des Wassers sich nachher vermindere, daß dagegen der Eigenthümer kein Recht auf die angränzenden Grundstücke erwerbe, welche der Teich bei außerordentlichen Anschwellungen bedecke. Hierin liege eine Unterscheidung zwischen den gewöhnlichen jährlichen und zwischen den außerordentlichen zufälligen Anschwellungen. Das auf die letztere Art bedeckte Land bleibe der Verjährung ausgesetzt, ersteres dagegen bilde einen Theil des Bettes und Ufers des Teichs und unterliege daher einer besondern Ersitzung getrennt vom Teiche nicht. Sirey 1841. I. p. 822.

9) Code de commerce 35. 51.

Als Ponthon, dem von seinem Bedienten zehn auf Inhaber lautende Phönixaktien entwendet worden waren, die Phönixgesellschaft auf Ausfolgung von zehn neuen Aktien belangte, entstand Streit, ob sich der Fall als Streitigkeit zwischen Gesellschaftern vor Schiedsrichter eigne, indem die Gesellschaft einwendete, Ponthon sei wegen mangelnden Besitzes der Aktien nicht als Gesellschafter anzusehen, da Dritte solche in gutem Glauben erworben haben könnten, und gemäß Satz 35 so lange als Eigenthümer und Aktionäre gelten, als Ponthon nicht die Unrechtmäßigkeit ihres Erwerbs nachweise. Allein die Sache wurde vor Schiedsrichter verwiesen und die Kassation verworfen. Um nämlich über die Kompetenz zu entscheiden, genüge es an der unbestrittenen Thatsache, daß Ponthon die fraglichen Aktien erworben und daß er sie nicht freiwillig, wie Satz 35 voraussetze, an einen Andern übergeben, sondern durch Entwendung ver-

Digitized by Google

loren habe; denn durch die Erwerbung sei er deren Eigenthümer und somit Aktionär geworden und die Entwendung, die durch Urtheil der Geschwornen erwiesen sei, habe ihm diese Eigenschaft nicht entzogen. Alles Weitere betreffe die Entscheidung in der Hauptsache. Sirey 1841. I. p. 830.

10) Art. 1872. 826.

Nachdem das Vaudevilletheater in Paris abgebrannt war, beschloß die Gesellschaft, ihr Privilegium zu rediren und erhielt dazu die Ermächtigung der Regierung, jedoch unter der Bedingung, daß die Cession binnen 15 Tagen stattfinde. Ein Mitglied widersetzte sich der Cession und verlangte Theilung mittelst öffentlicher Versteigerung als eines gemeinschaftlichen Eigenthums; jedoch vergebens, indem das fragliche Privilegium kein freies Eigenthum sei, vielmehr von der Verfügung der Regierung abhänge, die Regierungsermächtigung aber nur auf Cession gehe und die kurze Frist ohnehin eine Versteigerung nicht gestatte. Sirey 1844. I. p. 840.

11) Art. 617. 1043. fg.

In einem Testamente war dem Bruder und der Schwester zusammen die Nutznießung des fahrenden Nachlasses vermacht und als einige Zeit nach dem Anfall der Bruder starb, bestritten die gesetzlichen Erben der Schwester das Recht auf dessen Nutznießungsantheil, weil nach Satz 1043 das Anwachsungsrecht nur stattfinde, wenn das Vermächtniß verfalle, während es im vorliegenden Falle von den beiden Geschwistern angetreten worden sei, hier also lediglich der Satz 617 entscheide, wonach die Nutznießung mit dem Tode des Berechtigten erlösche. Allein ihre Klage wurde verworfen, weil der Beklagten die zweite Hälfte der Nutznießung nicht erst kraft Anwachsungsrecht, sondern schon kraft der letztwilligen Verfügung, wodurch jedem der beiden Geschwister die ganze Nutznießung zugewendet worden, ab initio anerfallen, daher ein Erwerb kraft letztwilliger Verfügung und nicht kraft Gesetzes eingetreten sei. Sirey 1841. I. p. 851.

12) Art. 1725. 1727.

Der Pächter eines Hammerwerks klagte gegen die Angränzer der Wasserleitung auf Entschädigung wegen Entziehung des Wassers vorbehaltlich seines Rückgriffs gegen den Vermiether resp. Eigenthümer des Hammerwerks, während die Beklagten, sich auf ihr Recht zur Wasserbenutzung stützend, einwendeten, der Kläger sei als Pächter nicht zur Klage berechtigt. So wurde auch erkannt, weil die beklagten Störer ein Recht dazu behaupteten und in diesem Fall gemäß Art. 1727 der Pächter nicht für sich allein klagen dürfe, sondern die Beiladung des Eigenthümers zu bewirken habe, was Kläger aber nicht gethan, sondern sich lediglich den Rückgriff vorbehalten habe. Sirey 1841. I. p. 852.

13) Code de commerce Art. 46.

Pistor, Gründer und Vorstand einer vertrauten Gesellzur Herausgabe einer Zeitung, genannt Pistor und Komp., war durch den Gesellschaftsvertrag ermächtigt, einen Nachfolger für sich zu ernennen und den verantwortlichen Geschäftsführer aufzustellen unter der Controle eines Aufsichtsrathes. Er übertrug später auch das Direktorium an Fouqueron; der Aufsichtsrath nahm seine Entlassung an, und die Gesellschaft erhielt die Firma Fouqueron und Komp., was Alles gemäß Satz 46 in den öffentlichen Blättern bekannt gemacht wurde, mit Ausnahme der geänderten Firma. Als bald darauf die Gesellschaft in Gant gerieth, wurde Pistor, als für alle Gesellschaftsschulden sammtverbindlich haftend, belangt, wogegen er einwendete, er habe durch seine Abdankung aufgehört, Gesellschafter zu sein und es sei die Gesellschaft zu einer neuen konstituirt worden, daher er nicht hafte. Allein es wurde nach Antrag erkannt: Pistor habe nämlich nur von seinem Rechte, einen Nachfolger im Direktorium zu ernennen, Gebrauch gemacht und habe dadurch zwar aufgehört, Direktor, nicht aber Mitglied der Gesellschaft zu sein, noch weniger sei dadurch die bisherige Gesellschaft aufgelöst worden, wozu ohnehin die Zustimmung aller Mitglieder und Verkündung der Aenderung der Firma nöthig gewesen wäre. Sirey 1841. I. p. 855.

14) Art. 1985.

Auch Erklärungen, welche ein Angeschuldigter in einer peinlichen oder korrektionellen Untersuchung abgegeben hat, können dem bürgerlichen Richter als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen, z. B. darüber, daß ein Auftragsvertrag mit demselben abgeschlossen wurde, selbst wenn die Protokolle nicht von ihm unterzeichnet worden, übrigens aber in gesetzlicher Form aufgenommen sind; dieser Beweisanfang kann durch Vermuthungen ergänzt werden. Sirey 1841. I. p. 779. 861.

Fr. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,
enthaltend
Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,
insbeſondere
des Caſſationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 9. Karlsruhe den 1. Octobee 1842.

Pflichttheilsrecht der Eltern eines anerkannten natürlichen Kindes. Art. 765. 915.

Der Gerichtshof zu Douai räumt den Eitern ein ſolches Recht auf den Nachlaß ihees anerkannten natürlichen Kindes nicht ein. Denn nach Art. 921. ſtehe ſolches nur Denjenigen zu, zu deren Gunſten das Geſetz den Vorbehalt gemacht habe, und eine analoge Anwendung anderer Beſtimmungen ſei daher nicht ſtatthaft. Kein Geſetz gebe aber den natürlichen Elteen eines anerkannten Kindes dieſen Vorbehait; denn dee Aet. 915. beziehe ſich nur auf eheliche Abkömmlinge, der Art. 765. handle nue von der Inteſtaterbfoige dee natüelichen Eltern, und aus den Art. 756. 757 und 761., wonach das Kind Rechte auf das Vermögen dee Elteen habe, laſſe ſich nicht auf Gegenſeitigkeit ſchließen, da der hiee bewilligte Vorbehalt des natürlichen Kindes lediglich auf dem natürlichen Rechte der Ernährung (Aet. 349.), der Pflichttheil dagegen auf dem poſitiven Recht beruhe und weil die Ausmittelung eines Pflichttheils dee natürlichen Elteen unmöglich ſei, indem das Geſetz niegends, wie für die Kinder, ein minimum feſtſetze, wonach ee bemeſſen werden könnte. Endlich ſei Geund genug voehanden, eine Gleichſtellung dee natürlichen Eltern mit den natürlichen Kindeen nicht anzunehmen, weil letzteee ihre uneheliche Abkunft nicht verſchuldet hätten, dagegen den Uehebern natürlichee Vaterſchaften kein Voeſchnb geleiſtet werden ſoll. So auch *Chabot* succ. Art. 765. Nr. 5., *Delvincourt* II. p. 273. — A. m. ſind *Merlin* rep. m. reserve s. 4. Nr. 13., *Vazeille* succ. zu Art. 765., *Grenier* don. II. Nr. 676. —

Sirey 1841 II. p. 126.

Brückengeldpächter haben kein Recht auf Pachtzinsnachlaß. Art. 1769. 1722.

Ein ſolchee hatte Minderung veelangt, weil in einem der Pachtjahre duech außerordentliche Trockenheit ein ſchon früher neben der Brücke beſtandenee Uebergang wieder für Fußgänger und Fuhren ſo lange gangbar geworden war, daß das Brückengeld nicht die Hälfte des Pachtzinſes ereeichte. In erſter Inſtanz ſiegte er, weil eine Brücke, obwohl nicht eigentlich ein ländliches Grundſtück des Art. 1769, doch noch weniger als ein Haus zu betrachten, vielmehr einem Grundſtück deshalb gleichzuſtellen ſei, weil ſie Geld als Frucht trage und weil der Pacht nicht die eigene Benutzung wie die Miethe eines Hauſes bezwecke, ſondern nue Früchtegenuß. Allein der Gerichtshof zu Nimes wies die Klage ab. Nach der Titelüberſchrift paſſe nämlich der Art. 1769. nur auf die Pacht ländlicher Grundſtücke und ee könne auch nach ſeinem Geiſte nicht auf den Pacht eines Beückengelds ausgedehnt werden, theiis weil der Grundſatz der Minderung nicht im Weſen des Pachtvertrags liege, ſo daß er für Pachte jeder Art gelten müßte, vielmehr nur als beſondere Ausnahme der Regel, wonach der Verpachter nur für den ruhigen Genuß hafte, anzuſehen ſei, theils weil der Artikel die Begünſtigung des Ackerbaues bezwecke, wäheend der Pacht eines Brückengelds mehe die Natur einer induſtriellen Speeulation oder eines Glücksvertrags an ſich teage. Auch der Aet. 1722. ſei nicht anwendbae, weil eine gänzliche odee theilweiſe Zerſtörung der Brücke nicht behauptet ſei und weil der Schaden nicht in einem zufälligen Ereigniß, ſondern in einer ſchon früher beſtandenen, dem Pächter bekannten Urſache ſeinen Grund habe. Sirey 1841 II. 132.

Digitized by Google

Was gilt als Versorgung eines Kindes im Sinne des Art. 1560?

Frau Duroguès veräußerte ihre Dotalgüter an Brown, um ihrem Sohne eine Versorgung zu verschaffen, indem nämlich der Sohn mit einem Andern in eine Weinhandelgesellschaft trat, in welche er allein das ganze Betriebskapital mit 60,000 Fr. einlegen und welche Gesellschaft nur 5 Jahre dauern sollte und dies noch mit dem Geding, daß, wenn auch nur der eine Gesellschafter kündigen wolle, die Gesellschaft schon früher aufgelöst werden könne. Als nun die Zahlung des Güterpreises an Brown verlangt wurde, verweigerte letzterer dieselbe und wurde auch dazu für berechtigt erklärt. Um nämlich seines Gütererwerbs sicher zu sein, habe der Käufer Brown das Recht, darauf zu wachen, daß der Erlös auch zu einer wirklichen Versorgung des Sohnes verwendet werde, weil sonst der Kauf für nichtig erklärt werden könnte. Unter einer solchen Versorgung sei nun zwar nicht gerade eine Niederlassung durch Heirath, sondern wie Art. 204. sage, auch „auf andere Weise" zu verstehen; allein das fragliche Gesellschaftsverhältniß biete so wenig Dauerndes, die Existenz des Sohnes Sicherndes dar, daß darin eine Versorgung oder Niederlassung nicht gefunden werden könne. (Bordeaux.) Sirey 1841 II. p. 146.

Vertrag über künftige Erbschaft und Schenkung zugleich. Art. 1130.

Grenier, künftiger Erbe seines Oheims, verpachtete ein diesem Oheim gehöriges Gut von der Zeit an, wo er Eigenthümer dieses Guts geworden sein werde, und durch spätern Vertrag verpachtete er an denselben Pächter alle Güter, wie sie ihm von seinem Oheim durch Schenkung oder Erbrecht zufallen werden, auf 15 Jahre vom Tage des Anfalls an. Als der Vertrag nach des Oheims Tod angefochten wurde, als über eine künftige Erbschaft geschlossen, wurde eingewendet, der Vertrag sei wenigstens hinsichtlich derjenigen Güter gültig, welche der Verpächter Grenier von seinem Oheim durch Schenkung unter Lebenden erworben habe, und da er wirklich alle die verpachteten Güter auf diese Weise erworben habe, so bestehe der ganze Vertrag zu Recht. Allein der Gerichtshof zu Amiens hob gleichwohl den Vertrag auf: Der Vertrag habe einen und denselben Umfang von Gütern, gleichviel ob sie durch Schenkung oder Erbgang anerfallen würden, zum Gegenstand; diese Klausel sei daher untheilbar und es müsse der eine Theil mit dem andern stehen und fallen. Darauf, daß alle Güter später durch Schenkung allein und nicht durch Erbgang erworben worden, komme es nicht an, weil der Vertrag nach der Zeit seiner Entstehung zu beurtheilen und darnach gleich anfänglich nichtig gewesen sei. Der Erblasser habe zwar schon zur Zeit des Vertrags die Absicht geäußert, die Güter zu schenken; allein er habe sterben können, ohne das Vorhaben auszuführen, so daß alsdann gleichwohl ein Erbgang möglich gewesen wäre; er habe ferner selbst nach vollzogener Schenkung noch neue Güter erwerben können, und dann würde der Vertrag dennoch künftiges Erbvermögen umfaßt haben. Sirey 1841 II. p. 178.

Adoptivkinder der Erben eines Verschollenen können die Einsetzung in den einstweiligen Besitz des Art. 120. fordern. Art. 350.

Nachdem der Staat in den einstweiligen Besitz des Vermögens einer Verschollenen eingewiesen war, forderten die Adoptivkinder des verlebten muthmaßlichen Erben der Verschollenen für sich diese Einsetzung, was der Staat deshalb bestritt, weil nach Art. 350. die Adoptivkinder wohl Erbrecht auf das Vermögen ihres Adoptivvaters, aber nicht auf das der Verwandten hätten. Allein die Adoptivkinder erhielten den Besitz, weil ihr Adoptivvater das Recht zur Besitzeinsetzung schon erworben gehabt habe, sie also dieses Recht als Theil seines Nachlasses geltend machen könnten und keineswegs ein eigenes unmittelbares Erbrecht auf das Vermögen der verschollenen Verwandten ausüben wollten.

Sie forderten auch alle vom Staate bezogenen Früchte, obgleich die Verschollene schon 30 Jahre abwesend war, wurden aber abgewiesen, weil in solchem Fall der Verschollene selbst zufolge Art. 127. die Früchte nicht mehr fordern könne. So auch *Toullier* I. Nr. 433. Indessen wird die Gleichstellung, daß nämlich der muthmaßliche Erbe von dem mit Unrecht eingesetzten entfernten Erben die Früchte nur so, wie der rückkehrende Verschollene selbst fordern oder nicht fordern könne, bestritten, weil der eingesetzte Erbe gegenüber dem Verschollenen nach Art. 125. nur Depositar, dagegen gegenüber dem nähern Erben Besitzer sei, daher es sich im letztern Falle

Digitized by Google

frage, ob er in gutem Glauben besitze, um nach Art. 549 dem nähern Erbe die Früchte vorenthalten zu dürfen. Dies sei aber z. B. alsdann nicht anzunehmen, wenn der wahre Erbe zur Zeit der Verschollenheitserklärung Alles angewendet habe, um in den einstweiligen Besitz zu gelangen und ihm gleichwohl der entferntere vorgezogen worden sei. *Moly* traité des absents N. 485., *Duranton* I. Nr. 497. Sirey 1841 II. p. 210.

Auch Minderjährige können die Folgen der Verheimlichung des Art. 792. leiden.

Sie verlieren nämlich ihren Antheil an den veruntreuten Sachen dann, wenn sie das Unterscheidungsalter erreicht haben, wo das Gesetz eine gewisse Verstandsreife voraussetzt, und wenn in concreto hergestellt ist, daß der Minderjährige mit Bewußtsein des Unrechts gehandelt hat (Bordeaux). So auch *Chabot* succ. Art. 801. Nr. 3. *Duranton* VI. Nr. 420. Doch lassen diese Ausleger die weitern nachtheiligen Folgen des Art. 792 und 801, daß nämlich die minderjährigen Erben, die entwendet oder verheimlicht haben, der Erbschaft nicht entsagen oder nicht sub benefic. invent. antreten können, nicht eintreten, selbst wenn die Minderjährigen bereits gewaltsentlassen waren, weil das Gesetz sie ohne Vormund zur Entsagung oder Antretung ohne Erbverzeichniß nicht zulasse, also unterstelle, daß sie auch im Fall einer unrechten That diese Folgen nicht ermessen können.

Sirey 1841 II. p. 215.

Sorge für Erhaltung der von den eingewiesenen Erben eines Verschollenen gestellten Kaution. Art. 114.

Die eingesetzten Erben eines Verschollenen fielen in Gant und als nun auch die von ihnen zur Sicherheit des Verschollenen gemäß Art. 120. eingesetzten Güter veräußert wurden, liquidirten sie als Vertreter des Verschollenen die Kautionssumme in ihrer Gant nicht, weshalb der Staatsanwalt einen Kurator ad hoc verlangte. So wurde auch erkannt (Kolmar). Nach Art. 114. könne zwar der Staatsanwalt (bei uns die betreffende Behörde) nur bei Vermißten über die Vermögensverwaltung wachen, Verschollene dagegen würden lediglich von den in einstweiligen Besitz gesetzten muthmaßlichen Erben repräsentirt (Art. 120. 134. 817.), welche also im vorliegenden Fall in dessen Namen die Kaution an die Gantmasse zu liquidiren hätten. Allein in dem besondern Fall, wo das Interesse der Erben mit jenem des Verschollenen kollidire, müsse angenommen werden, daß das Aufsichtsrecht des Staatsanwalts auch für die Zeit der Verschollenheit fortwirke und daß er berechtigt sei, einen Kurator zur Erhaltung der Kaution zu fordern.

Sirey 1841 II. p. 216.

Was ist unter dem durch Verheimlichung verwirkten Antheil des Art. 1477. zu verstehen?

Ein Ehemann, welcher aus der Gemeinschaftsmasse mehrer Sachen verheimlicht hatte und deshalb seines Antheils an demselben für verlustig erklärt worden war, suchte bei der Theilung geltend zu machen, die Schulden der Gemeinschaft seien nicht in zwei gleiche Theile, sondern nach Verhältniß des Empfangs eines jeden Ehegatten zu theilen, also in der Art, daß die Frau, der die verheimlichten Sachen ganz zufielen, dafür auch einen verhältnißmäßig größern Theil der Schulden übernähme; denn sonst wäre er doppelt gestraft, einmal mit Entziehung seines Antheils an den verheimlichten Sachen und dann mit einer größern Schuldenübernahme, als sein Empfang; die verwirkten Sachen seien ein Theil der Masse, also auch mit einem entsprechenden Theil der Schulden belastet, welcher Schuldentheil Demjenigen zufallen müsse, der die Sachen in der Theilung erhalte; würden die verheimlichten Sachen das ganze Gemeinschaftsvermögen bilden, so würde der Verheimlicher gar nichts daraus erhalten und gleichwohl die Hälfte der Schulden übernehmen müssen. Allein es wurde erkannt, daß der Ehemann gleichwohl die Hälfte der Gemeinschaftsschulden zu übernehmen habe; denn der Art. 1477. stehe unter der Aufschrift: (§. I. des Titels) von der Theilung des Vermögens (activ) im Gegensatz der nächstfolgenden Aufschrift (§. II. des Titels) von den Lasten und Schulden (passiv). Da nun der Art. 1477. dem Verheimlicher geradezu allen Antheil an dem Verheimlichten entziehe und gleichwohl der Art. 1482. jedem Ehegatte die Hälfte Schulden zuweise, ohne wegen des Verheimlichten eine Ausnahme zu machen, so folge daraus, daß die verheimlichten Sachen dem andern Ehegatten schuldenfrei im Voraus zugetheilt werden sollen.

Sirey 1841 II. p. 327.

Digitized by Google

Wann beginnt die Verjährungszeit der Anfechtungsklage des Art. 1079?

Der Gerichtshof von Nimes nimmt an, die Klage auf Anfechtung einer Theilung der Eltern unter ihren Kindern verjähre erst in 10 Jahren vom Tode des Elterntheils oder Ahnen, der die Theilung vornehme und nicht vom Tage der Theilung an. Der Art. 1304, der die Verjährung aller Umstoßungsklagen mit gewissen Ausnahmen vom Tage des angefochtenen Rechtsgeschäfts beginnen lasse, habe diese Klagen damit nicht den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung entzogen und es verstehe sich also von selbst, daß, wo eine solche Klage noch gar nicht mit Erfolg angestellt werden könne, auch ihre Verjährung keinen Anfang nehme. Eine Klage auf Umstoßung einer elterlichen Theilung wegen Verletzung über ¼ oder wegen Verletzung des Pflichttheils könne aber erst nach dem Tode des theilenden Aszendenten erhoben werden, weil sich alsdann erst bemessen lasse, ob eine Verletzung vorliege oder nicht. Von Verletzung während der Lebzeit des Aszendenten könne nämlich keine Rede sein, weil die Deszendenten kein Recht hätten, Schenkungen zu fordern, mithin auch kein Recht, Verfügungen zu Gunsten Anderer anzufechten, sondern dieses Recht erwachse erst mit dem Tode des Aszendenten (Artikel 887. 920). Von dieser allgemeinen Regel mache der Art. 1029. keine Ausnahme, indem er nicht verfüge, daß die Verletzung nur nach dem von dem Aszendenten getheilten Vermögen und nicht auch nach seinem künftigen Nachlaß bemessen werden soll: sonst müßte man eine doppelte Nachfolge in das Vermögen einmal zu Lebzeit und dann nach dem Tode des Aszendenten, ferner einen zweifachen Pflichttheil annehmen gegen den Grundsatz, daß der ganze Nachlaß einer Person nur eine Einheit mit Einrechnung aller Freigebigkeiten bilden soll. Die Eltern, die durch die Theilung allem Streit unter ihren Kindern vorbeugen wollten, müßten noch mit ansehen, wie die Kinder durch Anfechtungsklagen Gehorsam und Ehrerbietung verletzen und gerade diejenigen Kinder, die sich des Streites enthielten, würden dafür mit der Verjährung gestraft. So auch *Solon* nullités II. Nr. 490. Anderer Ansicht sind aber der Cassationshof und die meisten Gerichtshöfe, wie auch *Duranton* IX. N. 646. 647, *Vazeille* prescpt. II. N. 563. *Sirey* 1836. I. p. 534, II. p. 78, 1839 II. p. 50, 1840 II. p. 20, 1841 II. p. 335.

Schenkung der Frau aus dem Gemeinschaftsvermögen mit Ermächtigung des Mannes. Art. 1427. 1422.

Frau Fradet hatte mit Ermächtigung ihres Mannes einem Vetter die Hälfte der zur Gütergemeinschaft gehörigen Liegenschaften und Fahrnisse geschenkt. Diese Schenkung wurde auf Klage der Eheleute für nichtig erklärt: Die Frau habe vor Auflösung der Gemeinschaft keinen Anspruch auf dieselbe und selbst nachher können sie erst dann verfügen, wenn sie solche angenommen habe; sie könne ferner in keiner Weise auf das Recht, sich derselben zu entschlagen, verzichten also auch nicht mittelbar, indem sie vorher darüber verfüge. Sodann enthalte die Ermächtigung des Mannes noch keine Schenkung von seiner Seite, indem er dadurch nur die Frau zur Schenkung befähigen wolle, und diese Befähigung stehe ihm nicht zu, weil er nach Art. 1422 selbst nicht zu Gunsten Dritter über die Gemeinschaft verfügen, folglich der Frau kein Recht übertragen könne, welches er selbst nicht habe. (Bourges) *Sirey* 1841 II. p. 337.

Rechtsverhältniß der beiderseitigen Angränzer eines nicht schiffbaren Gewässers. Art. 644. 563.

Ein solcher Angränzer darf Bauten zue Benutzung des Gewässers nicht blos bis zur Halbscheide desselben, sondern auch noch über dirselbe hinaus anlegen, nur aber nicht auf dem jenseitigen Ufer. Die natürliche und gesetzliche Bestimmung eines solchen Gewässers ist (so sagt der Gerichtshof zu Montpellier), mit seinem ganzen Bette, Wasser aufzunehmen und weiter zu führen, ohne Unterscheidung einer rechten und linken Seite, und wenn das Gesetz den beiderseitigen Angränzern dessen Benützung gestattet, so geschieht dies zwar mit gleicher Berechtigung, aber nicht mittelst Abtheilung in zwei Theile, sondern auf das Ganze, so lange dadurch dem Jenseiter kein Nachtheil in der Mitbenützung zugeht; beide sind gemeinschaftliche Eigenthümer des ganzen Gewässers und können demnach die zur Benutzung nöthigen Vorrichtungen auch über die Mitte ausdehnen. Dagegen dürfen sich die Vorrichtungen nicht bis auf das jenseitige Ufer erstrecken, weil dieses alleiniges Eigenthum des Angrenzers ist, mithin zu dessen Benutzung eine Dienstbarkeit nöthig wäre. Aus den Art. 561 und 563. folgt kein getheiltes Eigenthumsrecht, indem dieselben auf die besondern Fälle, worüber sie verfügen, zu beschränken sind, und letzter sogar gegen diese Ansicht ist, da er das verlassene Bett eines Gewässers oder Flusses dem Eigenthümer, über dessen Gut der neue Lauf geht, ganz zutheilt und nicht blos die Hälfte. So auch Daviel cours d'eau II. Nr. 596, Proudhon dom. publ. Nr. 1260 u. 1443. und Pardessus servit. Nr. 105, welcher letztere dem Angrenzer sogar in Fällen, wo z. B. eine Wässerungseinrichtung nur durch Anlehnung an das jenseitige Ufer geschehen kann, auch dieses gestattet, jedoch nur vorübergehend für das nöthigste Bedürfniß.

Sirey 1841. II. p. 362.

F. P. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,

insbesondere

des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 10. Karlsruhe den 8. October 1842.

Ist Zeugenbeweis über 150 Fr. zulässig, wenn der Gegentheil einwilligt? Art. 1341.

Die ältern und neuern Ausleger bis auf Toullier (IX. Nr. 36.) lassen den Zeugenbeweis selbst mit Zustimmung des Gegentheils nicht zu, weil sie unterstellen, das Verbot beruhe auf Rücksichten der öffentlichen Ordnung und Rechtssicherheit. In neuester Zeit kommen die Ausleger, namentlich die Prozeßlehrer von dieser strengen Ansicht wieder zurück (Duranton XIII. Nr. 308, Thomine com. de Cod. proc. I. Nr. 295, Carre und Chauveau lois de proc. Nr. 976, Laurens princ. de cod. civ. IV. Nr. 593) und ihnen schließt sich der Gerichtshof zu Rennes an in Betracht, daß das Verbot nur den Zweck habe, die Staatsuntergebenen vor den Gefahren des Zeugenbeweises zu schützen, und daß man allerdings ohne bestimmte Erklärung der Gegenpartei nicht leicht einen Verzicht auf diesen Schutz annehmen dürfe, daß aber ein öffentliches Interesse von der Art, daß gar kein Verzicht möglich wäre, aus dem Zweck des Gesetzes sich nicht herleiten lasse. Sirey 1841 II. 427.

Geding der Wiederauflösung einer Theilung wegen Nichterfüllung. Art. 883. 1654.

Unbestritten ist, daß eine Theilung nicht gleich einem Kauf wieder aufgelöst werden kann, wenn ein Theil dem andern das zur Gleichstellung Schuldiggewordene nicht bezahlt. Wie aber, wenn dies im Theilungsvertrag bedungen war? Der Gerichtshof von Rouen hält ein solches Geding für unwirksam. Die allgemeine Regel des Art. 1184. hinsichtlich der Auflösung der Verträge wegen Nichterfüllung sei nicht so allgemein, daß sie nothwendig bei jedem Vertrag angenommen werden müsse, wie sich dies schon daraus ergebe, daß das Gesetz sie bei einzelnen Verträgen wiederhole (1654. 1705. 954. 1046). Insbesondere aber sei sie nicht anwendbar auf Theilungen. Letztere beruhten nicht, wie gewöhnliche Verträge ganz auf freiem Entschluß, sondern auf einer Art Nothwendigkeit, der Gemeinschaftlichkeit ein Ende zu machen. Daher werde nach erfolgter Theilung nicht angenommen, der Theilhaber habe sein Loos vom Andern erworben, und besitze es nur unter der Bedingung, daß er, wie der Käufer, die Vertragsbedingung erfülle, sondern es werde vielmehr unterstellt: Der Andere habe daran niemals Eigenthum gehabt.

Dieselben Gründe aber, aus welchen das Gesetz die Vertragsauflösung als stillschweigende Bedingung nicht zulasse, sprächen auch gegen die ausdrückliche. Wolle man sie bei Theilungen zulassen, so werde keine Theilung mehr ohne dieselbe abgeschlossen, damit aber das Prinzip des Artikel 883. zerstört und die Gemeinschaftlichkeit verewigt, während das Gesetz jeden Vertrag, welcher das Recht auf Theilung vereiteln soll, für unverbindlich erkläre (815.); nicht allein der Besitz Dritter, die aus Theilungen erwerben, sondern auch das Vermögen der Familien, die unter sich getheilt haben, werde dann gerade der Sicherheit entbehren, die das Gesetz dabei bezwecke. Für die Theilenden unter sich sei genügende Gewähr darin, daß das Gleichstellungsgeld gesetzliches Vorzugsrecht genieße. Sirey 1841 II. p. 472.

Klage auf Trennung von Tisch und Bett durch den Gegenvormund einer entmündigten Frau.

Die Gerichtshöfe zu Kolmar und zu Paris entschieden, daß der Gegenvormund nach Art. 307. 420. 450 und 509. berechtigt sei, eine solche Klage Namens der ent-

Digitized by Google

mündigten Ehefrau zu erheben und zwar ohne Ermächtigung des Familienraths. Sirey 1841. II. p. 488.

Ist die einem Dritten zustehende Nutznießung an einem Ehegut eine Grundlast des Art. 1437.

Die Frau hatte eine Liegenschaft eingebracht, an der ihr Vater die Nutznießung hatte und später erwarben die Eheleute auch die Nutznießnng. Nachdem Trennnng von Tisch und Bett eingetreten war nnd die Frau durch versäumten Eintrag des Urtheils auf die Gemeinschaft verzichtet hatte (1463.), verlangte sie ihre Liegenschaft mit der Nutznießung, behanptend, der Erwerb der Nutznießnng sei nichts anderes, als die Ablösung einer Last, die zu Gunsten ihres Vaters auf der Liegenschaft geruht habe und die nach Art. 1437. ihr als Eigenthümerin zu gut komme (nämlich nach Art. 1494. ohne Ersatz des Kaufpreises). Der Mann dagegen behauptete, die Nutznießung sei ein Theil des Gemeinschaftsvermögens und gehöre jetzt gleich der ganzen Gemeinschaft ihm. So wurde auch erkannt, denn der Art. 1401. rechne unter andern zur Gemeinschaft jede während der Ehe erworbene Liegenschaft, ohne daß das Gesetz die erworbene Nutznießung an einem Gut, das der Frau gehöre, davon ausnehme. Auch sei die Nutznießnng keine Dienstbarkeit oder Grundlast der im Art. 1437. gedachten Art, sondern ein durch Lostrennung vom Eigenthum selbstständiges, im Gesetzbuche durch besondern Titel von den Grunddienstbarkeiten geschiedenes Recht. *Proudhon* usufruit Nr. 2681. dagegen *Duranton* XIV. Nr. 371. — Sirey 1841. II. p. 490.

Klage des Erziehers gegen das Kind selbst, wenn der Vater nicht zahlen kann. Art. 385.

Der Vater, der das Kind in Erziehung gebe, während er an dessen Vermögen die Nutznießung beziehe, hafte zwar dem Erzieher nicht allein kraft des mit ihm abgeschlossenen Vertrags, sondern auch schon wegen der Nutznießung allein (385.) als directer Schuldner: allein daraus folge nicht, daß bei dessen Zahlungsunfähigkeit nicht auch das Kind hafte; denn das Kind, zu dessen Besten der Erzieher Auslagen und Arbeit aufgewendet habe, sei dadurch gegen den letztern in eine natürliche Verbindlichkeit, in den Halbvertrag der Geschäftsführnng eingetreten, indem es durch die sorgsame Erziehung den größten Vortheil, eine Grundlage für seinen künftigen Wohlstand erworben habe und nichts dem natürlichen Rechte angemessener sei, als daß es dem Erzieher die nothwendigen und nützlichen Kosten ersetze, sofern letzter als guter Geschäftsführer nicht die geeignete Sorge, die Mittel von dem zunächst haftenden Vater zu erhalten, versäumt oder sonst durch eine Nachlässigkeit, die ihm nach seiner Stellung beigemessen werden könne, den Nachtheil des Kindes verschuldet habe (Toulouse). Zu dieser Ansicht neigt sich auch der Cassationshof. Sirey 1841. II. p. 515. 1835. I. p. 873, dagegen der Gerichtshof zu Paris. Sirey 1839 I. p. 456.

Ist die Klage auf hälftigen Kostenersatz für eine gemeinschaftliche Mauer dinglich oder persönlich? Art. 661.

Nachdem Combes gemeinschaftlich mit seinem Nachbar eine Grenzmauer erbaut hatte, verkaufte der Nachbar sein Haus an einen Dritten, und als nun Combes, der alle Auslagen gemacht hatte, den Käufer auf den hälftigen Ersatz belangte, wandte dieser ein, Combes habe nur eine persönliche Klage gegen den Verkäufer. Allein vergebens: der Käufer habe nämlich das Haus mit allen darauf ruhenden Rechten und Verbindlichkeiten erworben, die Scheidemauer sei zur Hälfte ein Bestandtheil des Hauses und daher die Klage, welche das Recht der Gemeinschaftlichkeit betreffe, dinglich. Sirey 1841. II. p. 540.

Wann beginnt das Pfandrecht für einen eröffneten Credit? Art. 2132.

Nach Troplong (hypoth. Nr. 478.) erst von dem Tage an, wo von dem Credit Gebrauch gemacht, also eine Summe jeweils erhoben wird, nach Grenier (hypoth. I. Nr. 296.) und Pardessus (droit com. Nr. 1137.) schon vom Tage, wo der Creditvertrag eingetragen wurde. Letzterer Ansicht folgen die Gerichtshöfe, weil das Gesetz auf eine eventuelle Forderung ein Pfandrecht gestatte nnd znm Eintrag, von dessen Tag in der Regel die Wirksamkeit aller Pfandrechte beginne, nichts als den Werthanschlag (die Größe des Credits) fordere; weil der Creditvertrag an sich schon für denjenigen, der ihn eröffne, Verbindlichkeiten erzenge, nämlich die, stets Gelder bis zu einem gewissen Betrage bereit zu halten und dem Andern darzuleihen, daher auch von der Zeit dieser Verbindlichkeit (resp. des Eintrags) an das Pfandrecht wirksam sein müsse; weil endlich nach der entgegengesetzten Ansicht das Pfandrecht ganz illusorisch wäre, indem der andere Theil die Pfand-

Digitized by Google

stücke vor Empfang der Darlehen veräußern oder verpfänden könne. Dritte Gläubiger könnten nicht in Nachtheil kommen, weil aus dem Eintrag das maximum des Credits ersehen werden und jeder sich darnach richten könne.

Sirey 1841. II. p. 522. 541.

Verkauf eines Gemeinschaftsguts gegen eine Leibrente. Art. 1421.

Der Mann hatte ohne Mitwirkung der Frau ein Gemeinschaftsgut gegen eine Leibrente veräußert und da die Ehegatten sich gegenseitig den Genuß ihres Vermögens geschenkt hatten, so sprach nach dem Tode der Frau der Mann die ganze Rente an. So wurde auch erkannt. Der Art. 1421, welcher den Mann als Herrn der Gemeinschaft zu Veräußerungen unter belastetem Titel ermächtige, unterscheide nicht, ob solche durch gewöhnlichen Verkauf oder gegen eine Leibrente geschehen. Die Leibrente falle alsdann in die Gemeinschaft und die Erben der Frau könnten daher die Hälfte ansprechen. Diesem Anspruch stehe aber im voeliegenden Fall die gegenseitige Schenkung des Genusses entgegen, wonach dem Mann die ganze Rente gehöre, zumal die Frau zu ihrer Lebzeit zufolge Art. 1096. berechtigt gewesen wäre, die Schenkung zu widerrufen und dies nicht gethan habe (Rennes).

Sirey 1841. II. p. 554.

Kann der Mann der Frau die Unterhaltsrente des Art. 268. bei der Vermögenstheilung aufrechnen?

Der Gerichtshof von Rennes erkannte so. Ergebe die nach der Scheidung von Tisch und Bett vorgenommene Vermögensauseinandersetzung, daß die Frau kein Vermögen besitze, so habe dieselbe die Unterhaltseente nicht zu ersetzen, weil, wenn auch die Trennung bis zum Tag der Klage zurückwirke, der Mann immerhin schuldig bleibe, seine Frau zu ernähren. Dagegen sei der Mann hierzu nicht verbunden, wenn die Frau hinreichendes Vermögen besitze und in diesem Fall sey die Unterhaltsrente nichts als ein Vorschuß, den die Frau sich an ihrem Vermögen aufrechnen zu lassen habe. Sirey 1841. II. p. 568.

Recht des Mannes, während des Trennungsverfahrens zu verlangen, daß die Frau die eheliche Wohnung verlasse. Art. 268.

Dieser Satz spricht zwar nur vom Recht dee Frau, die Wohnung ihres Mannes zu verlassen; allein das Gesetz zeichnet diesen Fall deshalb aus, weil die Frau sonst verbunden bliebe, dem Manne überall zu folgen und es sollte dem Mann damit nicht das Recht benommen werden, seinerseits die Entfernung der Frau zu fordern. Denn Rechte sind in der Regel gegenseitig und der Grund des Gesetzes, während des Trennungsverfahrens die Frau voe Aerger und Streit zu schützen, paßt auch auf den Mann, der ebenfalls das Recht haben muß, den unangenehmen Folgen des Zusammenlebens sich zu entziehen. Nur muß er der Frau eine Unterhaltsrente reichen. (Caen). Sirey 1841. II. p. 570.

Kann die Frau die Nichtigkeitsklagen aus Art. 1560 und 2256. Absatz 2 schon während der Ehe anstellen?

Von den Gerichtshöfen zu Rouen und zu Rennes wird die Frau schon **während der Ehe** zu diesen Klagen (auf Aufhebung der Veräußerung eines Dotalguts oder eines andern der Frau gehörigen Guts durch den Mann) zugelassen: denn die fraglichen Sätze sagten nicht, die Frau könne eine solche Klage nur nach aufgelöster Ehe anstellen, sondern nur die Klage soll während der Ehe nicht verjähren. Daraus aber, daß die Verjährung während der Ehe aufgehalten bleiben soll, folge nothwendig, daß die Frau während der Ehe eine Klage habe, weil sonst von Verjährung und Aufhalten der Verjährung keine Rede sein könnte. Das Gesetz wolle also die Frau begünstigen und diese Wohlthat dürfe man nicht gegen sie kehren. Für diese Auslegung spreche die Berathung des Staatsraths vom 4. Brum. J. 12. — Gleicher Ansicht ist Toullier XII. Nr. 228, weil sonst ein vermögensloser Käufer in Verabredung mit dem vermögenslosen Mann ein Gut der Frau genießen und auf jede Weise verschlimmern könnte, ohne daß dieselbe Schutz oder Ersatz erhielte; nur verstehe sich, daß die Frau zue Klage während der Ehe der Ermächtigung des Mannes oder des Gerichts bedürfe, wodurch die dem Manne zustehende eheliche Gewalt gewahet sei. A. M. ist Zachariä B. III. S. 308. Sirey 1841. II. p. 70. 574.

Ist das Geding der Unveräußerlichkeit einer Leibrente gültig? Art. 1981.

Ein Gut wurde um eine Geldsumme und um eine Leibrente verkauft mit dem Geding, daß letztere nicht cedirt und nicht mit Beschlag belegt werden dürfe. Indessen cedirte sie der Verkäufer dennoch an einen Dritten, und als dieser die verfallenen Rentenzieler einziehen wollte, wendete der Schuldner ein, die Cession sei nichtig; allein

er wurde zur Zahlung an den Cessionar für schuldig erkannt, weil das Geding der Nichtcedirung keine Wirkung habe. Daß nämlich das Geding, soweit darnach die Rente vom Beschlag befreit bleiben soll, ungültig sei, folge aus Satz 1981, wornach diese Beschränkung nur bei schenkungsweiser Rentenbestellung stattfinden dürfe. Das Geding der Nichtcedirung aber widerspreche ebenso den Absichten des Gesetzes, welches die freie Verfügungsgewalt über das Eigenthum aufrecht erhalten wissen wolle (544. 1598.) und nur in bestimmten Fällen eine Unveräußerlichkeit gestatte, namentlich durch die Substitutionen der Sätze 1048. 1049. Die allgemeine Zulassung des Gedings der Unveräußerlichkeit würde aber die vom Gesetz verbotenen Substitutionen erleichtern und eine Menge Sachen dem allgemeinen Verkehr entziehen zum Nachtheil nicht allein des Privat- sondern auch des allgemeinen Staatswohles. Der Gerichtsgebrauch verwerfe daher solche Gedinge, um so mehr da, wo gar kein civilrechtliches Interesse obwalte, wo es dem Schuldner gleichgültig sein könne, ob er den Kaufpreis, für den er den Werth erhalten habe, an den ursprünglichen Gläubiger oder an einen Dritten zahle, wo ferner die Rente oder sonstige Forderung durch gerichtliche Einweisung ohnehin in andere Hände kommen könne. Sirey 1841. II. p. 575.

Ist der Art. 1075, wornach bei der Substitution der Beschwerte, der die Bestellung eines Pflegers versäumt, seines Vortheils verlustig wird, streng zu nehmen?

Hunot, der mit Substitution seiner Kinder zum Erben eingesetzt war, nahm die Erbschaft in Besitz, ohne nach Vorschrift des Art. 1056. die Aufstellung eines Pflegers zu bewirken. Somit verlangte seine einzige Tochter, daß das Erbe für sie eröffnet sei. Hunot wendete zwar ein, der Satz 1075 sage nur, es „könne" dieser Nachtheil ausgesprochen werden und brachte Gründe für richterliche Nachsicht vor: allein der Gerichtshof von Paris ließ diese Einwendung nicht zu. Der Satz 1075 verfüge in seinem ersten Theil absolut, daß die Versäumung den Verlust des Vermächtnisses zur Folge haben soll; der zweite Theil mildere den ersten nicht, denn er beziehe sich nicht auf die Frage, ob der Vortheil verwirkt sein soll, sondern auf die, ob, wenn er verwirkt wäre, das Erbrecht der Substituirten eröffnet werden soll. Der Beschwerte könne nämlich sein Recht verwirkt haben, ohne daß noch Substituirte vorhanden seien. Deshalb sage das Gesetz nur, es könne die Eröffnung des Nacherbrechts ausgesprochen werden; aber wenn, wie hier, die wahre Substituirte klage, müsse es bei dem Verlust ohne alle richterliche Nachsicht (als etwa im Fall höherer Gewalt) verbleiben. Der zu ernennende Pfleger habe nämlich die Aufgabe, zwischen die eingesetzten Eltern und deren substituirte Kinder zu treten, um die letztern zu schützen, und soll dies mit Erfolg geschehen, so müsse er seine Thätigkeit sogleich da beginnen, wo die Eltern in Eigenthum und Verfügungsgewalt einstehen. Denn sonst könnten diese bis zur Ernennung des Pflegers zum Nachtheil der Kinder verfügen und zwar ohne daß die Kinder, selbst wenn sie noch minderjährig seien, einen andern Rückgriff hätten, als eben gegen die Eltern, indem der Satz 1070 ihnen gegen die dritten Erwerber oder die Gläubiger den Rückgriff versage. So auch Delvincourt und Duranton IX. Nr. 566. A. M. ist Grenier don. I. Nr. 385. Sirey 1841 II. p. 579. — Eine ganz besondere Ansicht hat Zachariä IV. S. 300, Anm. 26.

Wirkt ein Fahrnißkauf ohne Besitzergreifung gegen Dritte? Art. 1141. 1583.

Baronnet hatte durch eine sichern Tag habende Urkunde alle in seinem Haus befindliche Fahrniß an seinen Sohn verkauft. Bevor jedoch dieser sie übernommen hatte, wollte sie ein Gläubiger des Baronnet in Beschlag nehmen, behauptend, der Kauf ohne Uebergabe wirke nicht gegen Dritte. Hierin hatte er alle Ausleger für sich (Toullier VII. Nr. 35., Duvergier vente I. Nr. 37., Troplong vente I. Nr. 42.), indem diese aus dem Art. 1141. folgern, daß bei Fahrnissen der Kauf ohne Uebergabe zwar unter den Vertragspersonen gelte, nicht aber gegen Dritte und namentlich nicht gegen die Gläubiger des Verkäufers wirke, daher die Fahrnisse von diesen in Beschlag genommen (gepfändet) werden dürfen. Im vorliegenden Fall sprachen sich gleichwohl die Gerichte beider Instanzen gegen diese Ansicht aus, indem sie den Gläubiger abwiesen und wohl mit Recht. Zufolge Art. 1138 und 1583 werde der Käufer von Fahrnissen durch die bloße Uebereinstimmung beider Theile Eigenthümer und eine Uebergabe schreibe das Gesetz zur Vollendung des Kaufs bei Fahrnissen so wenig vor als bei Liegenschaften. Der Art. 1141. ändere an diesem Grundsatze nur so viel, daß, wenn Fahrnisse nach einander an zwei Personen verkauft wurden, diejenige Eigenthümer sein soll, welche in den wirklichen Besitz gesetzt worden ist. Damit sei jedoch nur der Konflikt zwischen zwei Käufern, die in gutem Glauben versirten, entschieden, keineswegs aber gesagt, daß der Kauf von Fahrnissen ohne Uebergabe nicht gegen die Gläubiger des Verkäufers wirke; denn diese könnten keine weitere Rechte ihres Schuldners in Anspruch nehmen, als dieser selbst besitze, also nicht die von demselben verkauften Fahrnisse, mindestens dann nicht, wenn der Verkauf mit einer gegen Dritte beweisenden Urkunde dargethan sei. Sirey 1841. II. p. 624.

F. P. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

N^ro 11. Karlsruhe den 15. October 1842.

Der Vormund der Erben der Frau kann den Kaufpreis eines nur gegen Wiederanlage veräußerlichen Dotalgutes nicht einklagen. Art. 1557, 464.

Wenn nämlich die im Ehevertrag bedungene Wiederanlegung zu andern Liegenschaften nicht zu Lebzeit der Frau geschehen war. Denn später, ja selbst nach einer Trennung von Tisch und Bett, die etwa statt hatte, kann die Wiederanlegung nicht mehr geschehen, sondern die Frau und ihre Erben können die Auflösung der Veräußerung fordern, und der Erwerber des Dotalguts kann daher nicht gezwungen werden, den Kaufpreis zu bezahlen. Zwar mag es der Frau und deren Erben unbenommen sein, auch später noch eine Wiederanlegung zu gestatten, und auf die Auflösungsklage zu verzichten. Allein da dieser Verzicht eine auf Liegenschaften bezügliche Klage betrifft, so ist der Vormund ohne Ermächtigung des Familienraths (der Vormundschaftsbehörde) dazu nach S. 464 nicht berechtigt, und da dieser Verzicht die Bedingung ist, unter welcher der Käufer des Dotalguts den Kaufpreis allein zu zahlen schuldig ist, so kann der Vormund kraft seines Verwaltungsrechts den Kaufpreis niemals fordern. (Agen) Sirey 1841 II. p. 639.

Cassationshof.

Geding der Wiederanlegung veräußerter Liegenschaften der Frau in Gemeinschaftsehen. Art. 1554. 1574.

Im Ehevertrag, der Errungenschaftsgemeinschaft festsetzte, war bedungen: die Eheleute behalten sich das Recht vor, ihre Güter zu verkaufen, jedoch mit der Verbindlichkeit für den Ehemann, den Erlös aus Gütern der Frau, die er etwa veräussern möchte, wieder anzulegen. Später liehen die Eheleute ein großes Kapital mit sammtverbindlicher Haftung und Verpfändung einer Liegenschaft der Frau, und als der Gläubiger dessen Rückzahlung betrieb, wendete die Frau ein, durch das Geding der Wiederanlegung seien ihre Güter dotal geworden, und daher nicht angreifbar. So erkannte auch der Gerichtshof zu Dijon, allein das Urtheil wurde kassirt. Wenn Güter der Frau Dotalgüter werden sollen, so müsse dies nach S. 1392 ausdrücklich im Ehevertrag erklärt sein, sonst unterlägen sie nicht dem Kapitel 3. im Titel vom Ehevertrag, und seien nicht nach S. 1554 unveräußerlich. Die bloße Auflage der Wiederanlegung durch den Mann in Gemeinschaftsehen entziehe der Frau das Recht nicht, ihre Güter zu veräußern und zu verpfänden; sie könne auch Dritten nicht schaden, sondern gebe der Frau nach S. 1436 nur den Rückgriff gegen den Mann, falls derselbe den Erlös nicht für sie anlege; denn nach S. 2092 hafte Jedermann für seine Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen und die Frau sei nicht ausgenommen, so lange sie ihre Liegenschaften nicht unter Dotalrecht gestellt habe. Sirey 1842 I. p. 6.

Zahlungsirrthum bei Wechseln. Art 1377. C. de comm. 158.

Ein Wechsel war ausgestellt als zahlbar bei Pigon, jedoch war diese Stelle wieder ausgestrichen. Deßungeachtet präsentirte ihn der Inhaber bei Pigon, und er wurde an dessen Kasse bezahlt. Gleich am andern Tage aber forderte Pigon die Zahlung zurück, als zur Ungebühr geschehen, wogegen der Inhaber einwendete, jede Wechselzahlung ohne Nothwendigkeit sei als Freundeszahlung zu betrachten, obgleich der Art. 158 dazu gewisse Förmlichkeiten fordere, weil letztere nur zur Deckung des Zählers vorgeschrieben seien, es daher Sache des Klägers gewesen wäre, dafür zu sorgen. Allein er wurde zur Rückzahlung verurtheilt und die Cassation

Digitized by Google

veeworfen. Das in S. 1235 und 1377 allgemein gestattete Recht der Rückforderung einer Zahlung zur Ungebühr leide nur Ausnahmen, wo das Gesetz sie ausdeücklich mache. Die Art. 158, 159 des C. de comm. enthielten aber keine Ausnahme, sondeen setzten nur Föemlichkeiten fest, wenn Jemand eine Feeundeszahlung leisten wolle. Wo aber aus Irrthum und nicht für den Aussteller oder einen Indossanten bezahlt werde, wo sonst keine natürliche oder büegerliche Verbindlichkeit vorhanden, odee in Folge der Zahlung nicht die Urkunde vernichtet worden sei, da finde auch bei Wechseln Rückforderung statt. — Irrthum wurde angenommeu, weil niegends eine Verbindlichkeit des Pigon zur Zahlung des Wechsels ersichtlich war, und weil derselbe keinen Protest nahm, wie er hätte thun müssen, wenn er als Freund hätte zahlen wollen, indem der bloße Besitz des Wechsels ihm keinen Rückgeiff gegeu den Aussteller oder den Indossanten geben konnte. Sirey 1842 I. p. 10.

Gesellschaft auf gegenseitige Versicherung erlischt nicht durch Tod. Art. 1865.

Als ein Mitglied starb und sein veesichertes Haus vererbte, ferner ein anderes Mitglied sein Haus an einen Dritten veräußerte, wollte die Gesellschaft die Fortdauee dee Versicherung gestützt auf Aet. 1865 nicht mehe anerkennen, weil duech den Tod und die Veeäußerung das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst worden sey. Allein veegebens. In einer solchen Gesellschaft (so entschieden die Geeichte und der Cassationshof) übeenimmt jedes Mitglied die eventuelle Verbindlichkeit, an einem etwa eintretenden Unglücksfall der andern Mitglieder mitzutragen und von Gewinn odee Hoffnung auf Gewinn ist keine Rede. Diese Gesellschaften sind also keine Handelsgesellschaften und überhaupt keine Gesellschaften der gewöhnlichen Aet, wie sie der S. 1865 im Auge hat, wobei es nämlich vorzugsweise auf die Person des Mitgliedes ankommt, sondern die Haupteücksicht ist die Sicherung der Sache, falls die Statuten nicht ausdeücklich das Gegentheil bestimmen. Würden derlei Gesellschaften, die gewöhnlich viele Mitglieder haben, jedesmal durch den Tod eines Mitgliedes, wie andere Gesellschaften aufgelöst und müßten immer wiedee neu konstituirt werden, so wäeen sie so gut wie unmöglich. Es bleibt mithin ein Haus versicheet, auch wenn es auf die Erben fällt oder an Dritte veräußert wird, so lange die neuen Erwerber ihre Verbindlichkeiten erfüllen. Sirey 1842 I p. 14.

Vergebung einer Nutznießung als Nutzpfand ist liegenschaftliche Veräußerung. Art. 1449.

Duech Testament erhielt die eine Erbin das Eigenthum eines Guts und die andere Feau Geraed die Nutznießung mit der Verbindlichkeit für Beide, ein Legat von 30,000 Fr. nach dem in S. 612 bestimmten Verhältniß zu zahlen. Hierüber entstand Steeit, worauf jedoch Frau Gerard sich mit dem Legatar dahin veeglich, daß sie demselben ihre Nutznießung als Nutzpfand so lange überließ, bis er für das ganze Legat von 30,000 Fr. befriedigt sey. Dazu hielt sie sich damals berechtigt, weil sie von ihrem Manne von Tisch und Bett getrennt wae, daher nach S. 1449 die Verwaltung ihees Vermögens und das Recht zur Veräußerung ihrer Fahrnisse hatte: Allein später focht sie den Vergleich an, als eine liegenschaftliche Veräußerung enthaltend, wozu ehemännliche oder gerichtliche Ermächtigung nöthig gewesen wäre, zumal sie durch den Vergleich die Zahlung des ganzen Legats und nicht blos den auf ihre Nutznießung fallenden Antheil übernommen habe. So wurde auch erkannt und die vom Legatar ergriffene Cassation verworfen. Denn nach S. 526 gelte die Nutznießung eines liegenschaftlichen Guts selbst als Liegenschaft und da das Nutzpfand nach S. 2085 und 2087 die Wirkung habe, daß der Gläubiger die Früchte für Zinsen und Kapital zu beziehen habe und der Schuldner das Pfand bis zur gänzlichen Tilgung nicht mehr zurückziehen dürfe, auch im vorliegenden Fall die Dauer, bis zu welcher die Klägerin jeweils wieder in ihre Nutznießung eintreten möchte, unbestimmt sey, so liege in dieser Nutzpfandeinsetzung eine liegenschaftliche Veräußerung, wozu die Klägerin ohne Ermächtigung nicht befugt gewesen sei. Sirey 1842 I. p. 48.

Rechtsverhältniß der Mitglieder nichtiger Gesellschaften.

Entschieden ist jetzt der Grichtsgebeauch darüber, daß Gesellschaften, welche aus irgend einem Grunde an Nichtigkeit leiden, gleichwohl nur für die Zukunft nichtig sind, daß sie aber für die Vergangenheit als vollendete Thatsache rechtliche Wirkungen haben. Streitig war aber, welches diese Wirkungen sind, namentlich ob Rücknahme und Schuldentragung nach dem ungültigen Vertrag bemessen werden

soll oder nicht. Jetzt hat sich der Cassationshof auch hierüber ausgesprochen. Wechselagent Bureaux, welcher mit zwei Andern eine nach französischem Gesetze verbotene Gesellschaft zur Ausbeutung der Agentschaft eingegangen hatte, fiel nach großen Verlusten in Gant. Nun wollten die beiden Mitgesellschafter ihre ganzen Einlagen liquidiren, weil solche bei der Nichtigkeit des Vertrags als sine causa geschehen zu betrachten seyen, während die Gantmasse behauptete, sie hätten gleichwohl alle durch das Gesellschaftsverhältniß entstandene Schulden und Lasten nach Verhältniß ihrer vertragsmäßigen Betheiligung mitzutragen und nur den Rest zu fordern. So wurde auch erkannt. Nach S. 1131 bringe zwar eine auf unerlaubter Ursache beruhende Uebereinkunft keine Wirkung hervor; allein es sey auch Grundsatz, daß niemand sich auf Kosten eines andern bereichern dürfe und aus diesem Grundsatze folge, daß jede Vereinigung von Interessen, welche unter mehreren Personen, wenn auch blos faktisch oder durch Zufall sich bilde, Rechtsverhältnisse unter denselben erzeugen müsse, welche wieder eine Theilung oder Ausgleichung nöthig machen. Einer solchen Theilung müßten sich daher die beiden Mitglieder für Verlust wie für Gewinn unterwerfen, ohne den Gläubigern, welche an der Gesellschaft keinen Theil genommen hätten, deren Nichtigkeit entgegenhalten zu dürfen, und der Maßstab des Verlustes seyen eben die aleatorischen Bedingungen, unter welchen sie ihre Einlagen gemacht hätten. — Andere Ansichten bei Duvergier societ. Nr. 69. — *Sirey* 1812 I. p. 68.

Wettschlagung in Ganten. Art. 1291.

Der in Gant erklärte Handelsmann Kaiser schuldete an Gas 4000 Fr., welche Forderung erst durch die Ganteröffnung fällig wurde, hatte aber an Gas 4500 fl. zu fordern. Nachdem die Gant durch einen Nachlaßvergleich auf 30 Prozent erledigt und Kaiser dadurch wieder befähigt war, klagte er seine Forderung an Gas ein, woran er die Gegenforderung desselben von 4000 Fr. nur mit den vergleichsmäßigen 30 Prozent abrechnete, während Gas seine ganze Forderung mit 4000 Fr. kompensiren und daher nur noch 500 Fr. schulden wollte. Der Gerichtshof zu Montpellier ließ auch diese Wettschlagung zu, weil die Forderung des Gas durch die Ganteröffnung des Kaiser fällig geworden sei, wie jene des Kaiser an ihn, und weil Kaiser sich darauf, daß in der Gant keine Wettschlagung stattfinde, nicht berufen könne, indem er wiederbefähigt sei, und die Einrede der Nichtkompensation nur den Gantgläubigern nicht dem Gantmann zustehe; denn würde der Gantmann Kaiser ungeachtet der Gant oder in den 10 Tagen vorher bezahlt haben, so könnte er die Zahlung gleichwohl nicht rückfordern, die Wettschlagung sei aber nur eine Art von Zahlung, die daher ebenfalls bei der Verfallzeit habe eintreten können. Allein das Urtheil wurde kassirt. Vor der Gant sei nämlich Wettschlagung nicht möglich gewesen, weil die Forderung des Gas noch nicht verfallen gewesen sei. Die Gant selbst habe zwar die Forderung fällig gemacht, aber nur zu dem Zweck, daß alle Gläubiger zugleich aus der Masse befriedigt werden konnten, und auch hier habe Wettschlagung nicht stattfinden können, weil solche wie Zahlung wirke, der Gantmann aber, als seiner Vermögensverwaltung verlustig, zur Zahlung nicht fähig gewesen sei, auch durch die Zulassung der Wettschlagung der Gläubiger Gas vor den andern Gantgläubigern begünstigt worden wäre, indem er nämlich durch die Wettschlagung seine ganze Befriedigung erhalten hätte. Auf die Gant sei der Nachlaßvergleich gefolgt, der für alle Gläubiger bindend geworden sei, und wonach Gas nur noch 30 Prozent zu fordern habe, welche Forderung allein zur Wettschlagung sich eigne. A. M. ist Pardessus droit com. Nr. 1126. *Sirey* 1842 I. p. 80.

Der Erlös aus Liegenschaften, welche die Frau vom Mann als Ehesteuererſatz erhielt, ist wieder Ehesteuer. Art. 1553.

Unter der Ehesteuer der Frau Arlue waren 4000 Fr. Fahrniß in Geld und Schmuck; als sie aber Vermögensabsonderung gegen ihren Mann erwirkt hatte, erhielt sie dafür zwei Liegenschaften, welche sie mit Ermächtigung ihres Mannes verkaufte. Der Käufer zahlte den Kaufpreis nicht, sondern kompensirte ihn mit Forderungen, welche er an die Frau zu machen hatte. Später focht die Frau den Kauf als nichtig an, weil die verkauften Liegenschaften die Stelle der Ehesteuerfahrniß vertreten hätten, daher unveräußerlich gewesen seien, wenigstens aber nicht ohne Wiederanlegung des Erlöses zum Besten der Frau hätten veräußert werden können, der Erlös aber nicht wieder angelegt, sondern zur Tilgung der Schulden der Frau verwendet (kompensirt) worden sei. So wurde auch erkannt, und die von dem Käufer er-

Digitized by Google

griffene Cassation verwerfen, jedoch aus ganz andern Gründen. Troplong als Referent bemerkte nämlich: Ausgemacht sei durch Gerichtsgebrauch, daß auch die Fahrnißehesteuer unveräußerlich sei. Dagegen sei es nicht richtig, daß die Liegenschaften, welche die Frau für die Fahrniß an Zahlungsstatt erhalte, ebenfalls dotal und somit unveräußerlich seien, indem der S. 1553 gerade das Gegentheil sage. Zwar wollten einige Gerichte (Sirey 1825. II. p. 19, 1831. II. p. 298) da, wo die Frau bei der Vermögensabsonderung als Ersatz ihrer Ehesteuer vom Mann Liegenschaften erhalte (1444), den S. 1553 nicht anwenden, weil sonst der Frau durch die Absonderung die Ehesteuer nicht gesichert werde, und weil sich der S. 1553 nur auf den Fall beziehe, wo nicht der Mann, sondern wo Dritte, welche die Ehesteuer zu leisten haben, statt Geld Liegenschaften geben: Allein der S. 1553 enthalte keine solche Unterscheidung; der S. 1540, welcher aufzähle, was als Ehesteuer gelten soll, rechne dahin nur eingetauschte Liegenschaften (wozu noch nach S. 1559 gewisse Förmlichkeiten nöthig sind), nicht aber an Zahlungsstatt erhaltene und nirgends bestehe ein Gesetz, daß beim Kauf oder bei der datio in solutum die erkaufte Sache den Preis vertreten und ganz dessen Natur annehmen soll — (Troplong vente Nr. 7). Zur Befreiung des Käufers sei auch keine Wiederanlegung des Kaufpreises zu Gunsten der Frau nöthig gewesen, weil dies im Ehevertrag nicht bedungen sei, was nach S. 1553 ausdrücklich hätte geschehen müssen. Somit stehe fest, daß der Käufer der Liegenschaften durch Zahlung des Kaufpreises befreit gewesen wäre, und zwar durch Zahlung an die Frau, weil diese durch die Vermögensabsonderung an die Stelle des Mannes getreten sei, der nach S. 1549 befähigt war, Kaufpreise einzunehmen. Allein die Schwierigkeit liege darin, daß der Käufer nicht wirklich bezahlt, sondern sich selbst mit dem Preis für seine Forderungen an die Frau bezahlt gemacht habe. Dieser Preis sei nämlich immerhin Ehesteuergeld, mithin unveräußerlich geblieben (?) und habe daher nicht zur Schuldentilgung der Frau während der Ehe verwendet werden dürfen; der Käufer habe also in seinem Interesse zur unerlaubten Veräußerung von Ehesteuergeldern mitgewirkt. — Die hierauf gebauten Entscheidungsgründe des Cassationshofs lauten: J. E., daß der Preis der von der Frau an den Beklagten verkauften Liegenschaften dotal war, daher seine Bestimmung zur Bestreitung der Ehelasten erhalten mußte, und nichts ihn diesem wesentlichen Zweck der Ehesteuer entziehen konnte; daß aber der Beklagte, statt den Preis in die Hand der Klägerin zu zahlen, damit er diese Verwendung erhalte, ihn vielmehr sich selbst zu seinem Vortheil zugewendet hat. *Sirey* 1842. I. p. 110.

Bei unvollständigem Indossament kann der Beweis des Wechselübertrags gegen die Gantgläubiger des Indossanten nicht durch andere Mittel geführt werden. Art. 138. C. de com.

Masselin indossirte einen Wechsel auf Pikard mit leergelassenem Namen (en blanc) und Pikard indossirte ihn weiter an einen Dritten, der den Werth einzog. Als Masselin in Gant fiel, klagte dessen Gantanwalt (syndic) gegen Pikart auf Rückerstattung des Wechselbetrags, weil Pikard durch die unvollständige Zuschreibung nicht Eigenthümer des Wechsels geworden sei, sondern nur Einzugsauftrag erhalten, daher den von dem Dritten bezogenen Werth an den Auftraggeber Masselin zu ersetzen habe (138). Pikard wendete ein, er sei ungeachtet der unvollständigen Zuschreibung Eigenthümer geworden, weil Indossant Masselin zur Zeit des Uebertrags für den Wechsel bedeckt gewesen sei, indem derselbe ihm Pikard damals einen gleichen Betrag geschuldet habe (115. 116) und weil gegenüber dem Indossanten der Beweis des Uebertrags nicht blos durch den Wechsel selbst, sondern auch durch andere Beweismittel dargethan werden könne, welchen Beweis er sofort antrat. Da dieser Beweis theilweise geführt war, ließen die Gerichte beider Instanzen den beklagten Pikard zum Notheid darüber zu, daß er zur Zeit der Zuschreibung den gleichen Betrag an Masselin zu fordern gehabt habe. Allein auf Antrag des Gantanwalts wurde das Urtheil kassirt: Nach der klaren Vorschrift des Art. 137 wirke das unvollständige Indossament nicht als Rechtsübertrag, sondern nur als Einzugsvollmacht; der Indossant bleibe daher Eigenthümer und die Ordonnanz von 1673, welche dem C. de com. zu Grund liege, sage ausdrücklich, daß alsdann die Gläubiger des Indossanten den Wechsel für sich in Anspruch nehmen dürfen. Angenommen nun auch, der Inhaber könne gegenüber dem Indossanten, von dem er den Wechsel habe, durch andere Mittel beweisen, daß der Wechsel wirklich zu Eigenthum auf ihn übertragen worden sei, so könne doch ein solcher Beweis nicht gegenüber dem Gantsyndikus geführt werden, denn der letztere sei nicht bloßer Repräsentant des in Gant gerathenen Indossanten, sondern er habe eine doppelte Eigenschaft, indem er zugleich unabhängig vom Gantmann die Gantmasse (die Gesammtheit der Gläubiger) zu vertreten habe und in letzterer Eigenschaft berechtigt und verpflichtet sei, dafür zu sorgen, daß Alles als zur Masse gehörig beigetrieben werde, dessen sich der Gantmann zur Zeit der Gantcröffnung nicht rechtsgültig entäußert gehabt habe. (d. h. vor der Gant konnte der Wechselübertrag gegenüber den Gläubigern als Dritten nur durch ein vollständiges Indossament geführt werden, und durch die Gant hat sich der Stand der Gläubiger, die der Syndikus vertritt, nicht geändert, daher auch jetzt noch ein vollständiges Indossament zum Beweise nöthig ist) *Sirey* 1842. I. p. 126.

F. P. Schmidt.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 12. Karlsruhe den 24. Dezember 1842.

Was wirkt auf einem Wechsel der Beisatz „ohne Kosten“ C. de com. 165.

Laligant zog auf Rousſel einen Wechsel von 400 Fr. zahlbar den 1. Mai auf ſeine Ordre und übertrug ihn dann auf die Ordre des Delhomel, indem er jedoch ſeiner Unterſchrift die Worte beiſetzte „ohne Koſten“. Als Rousſel zur Verfallzeit nicht zahlte und bald darauf in Gant fiel, forderte der Wechſelinhaber Delhomel den Betrag von dem Ausſteller Laligant zurück, obgleich er den Wechſel zur Verfallzeit nicht hatte proteſtiren laſſen, indem er behauptete, der Beiſatz ohne Koſten habe ihn vom Proteſtiren befreit. Der Ausſteller Laligant gab zu, daß Kläger dadurch vom Proteſtiren befreit geweſen ſei, (was überhaupt jetzt unbeſtritten iſt), nicht aber davon, binnen 14 Tagen ihn von der Zahlungsweigerung in Kenntniß zu ſetzen und gerichtlich zu belangen, daher derſelbe aus dieſem Grunde nach S. 165 den Rückgriff gegen ihn verloren habe. Dieſe Einwendung wurde jedoch verworfen und der Ausſteller Laligant zur Zahlung des Wechſels verurtheilt.

Der Beiſatz „ohne Koſten“ habe zwar (ſo bemerkte das Gericht) keinen beſtimmten Sinn, daher auch die Anſichten der Gerichte getheilt ſeien, ob der Wechſelübernehmer dadurch nur vom Proteſte oder auch von der geſetzlichen Friſt der Anzeige und Rückgriffsklage befreit ſein ſoll. Allein immerhin bezwecke er eine Erleichterung und welche, hänge von den Umſtänden ab. Im vorliegenden Fall laſſe ſich annehmen, daß es dem Ausſteller Laligant mehr darum zu thun geweſen, den ſtets ſaumſeligen Schuldner Rousſel durch einen Dritten auf Zahlung drängen, als ſich durch dieſen Dritten ſelbſt (den Delhomel) den Wechſel zahlen zu laſſen, daß daher eher ein Auftrag als eine Ceſſion beabſichtigt geweſen ſei. Denn Kläger Laligant ſtehe mit dem Beklagten Delhomel ſeit lange in dem Verkehr, daß er ſeine am Ort des letztern zahlbaren Wechſel an dieſen, dieſer aber die ſeinigen an den Kläger übertrage und ſie ſich dann berechneten, wobei jeder ein Intereſſe habe, den andern zu ſchonen: auch ſei der vorliegende Wechſel nur mit leergelaſſenem Namen indoſſirt, was wieder nicht auf die entſchiedene Abſicht einer Ceſſion hindeute. Hiernach enthalte der Beiſatz eine Befreiung von ſtrenger Einhaltung der Friſten des S. 165, und es frage ſich nur, ob der Beklagte nicht ſonſt Schuld trage, daß der Wechſel von Rousſel nicht bezahlt worden, namentlich ob er den Kläger noch frühzeitig genug von der Nichtzahlung in Kenntniß geſetzt habe, daß dieſer vor Rouſſels Gant ſich Zahlung hätte verſchaffen können? Letzteres ſah aber das Gericht durch Vermuthungen als erwieſen an. Kläger legte Caſſation ein, aber vergebens, weil kein Geſetz den Betheiligten unterſage, von den Wechſelverbindlichkeiten, ſo ſtrenge ſie an ſich ſeien, einander zu befreien, übrigens die thatſächliche Prüfung, ob eine ſolche Abſicht vorliege, (die auch durch Vermuthungen erwieſen werden könne) der Cenſur des Caſſationshofs nicht unterliege.

Nouguier (lettres de change I. p. 127) glaubt, daß der Beiſatz zwar vom Proteſt befreie, und daß der Inhaber auch nicht innerhalb der Friſt des S. 165 die Rückgriffsklage zu erheben brauche, daß er jedoch immerhin ſchuldig bleibe, dem Cedenten innerhalb dieſer Friſt durch Privatbriefe die Nichtzahlung anzuzeigen. Hiergegen wird aber bemerkt: der Beiſatz wolle, daß die Erhebung des Wechſelbetrags ohne Koſten geſchehe.

Digitized by Google

Sobald man aber zur Anzeige der Nichtzahlung eine Nothfrist annehme, so seien Kosten unvermeidlich. Denn gegen diese Nothfrist könne sich der Inhaber durch einen bloßen Brief nicht wahren, weil ein solcher verloren gehen, verläugnet oder vernichtet werden könne, sondern die Anzeige müsse durch einen öffentlichen Akt geschehen, was aber wieder mit Kosten verbunden sei. Wer also keine Kosten wolle, der wolle auch keinen öffentlichen Akt, und wer diesen nicht wolle, der könne auch nicht auf die Einhaltung einer Nothfrist gerechnet haben. Der Beisatz „ohne Kosten" befreie daher sowohl von der Nothfrist zur Anzeige der Nichtzahlung, als von jener zur Erhebung der Rückgriffsklage, zumal da letztere in 14 Tagen vom Tage des Protestes angestellt werden soll, ein Protest aber nicht vorkomme, daher man nicht wissen könne, wann die Frist ihren Anfang nehmen soll, s. auch Pardessus Nr. 425. Sirey 1842 I. 163.

Genügt zur Beseelung von Einwerfung der Gesellschaftsvortheile im Fall des S. 854 auch eine Privaturkunde mit sicherm Datum?

Bankier L. schloß mit seinem Sohne eine Gesellschaft durch Privaturkunde, die jedoch gemäß Handelsgesetzbuch Art. 42 bei'm Handelsgericht einregistrirt und öffentlich angeschlagen wurde. Später wurde durch Privaturkunde mit gleichen Förmlichkeiten die Gesellschaft wieder aufgelöst und das Geschäft dem Sohne allein überlassen. Als der Vater starb und es zwischen dem Sohn und der Tochter zur Erbtheilung kam, forderte die Tochter die Einwerfung aller dem Sohn bis zum Tod des Vaters zugegangenen Gesellschaftsvortheile, weil die Verträge über Eingehung und Auflösung der Gesellschaft nicht in öffentlicher Urkunde aufgenommen worden seien. Das Appellationsgericht hielt die Privaturkunden für genügend und wies die Klägerin ab. Allein das Urtheil wurde kassirt, weil unter öffentlicher (authentischer) Urkunde im Sinne des S. 854 nur eine gemäß S. 1317 von dem zuständigen öffentlichen Beamten aufgenommene Beurkundung zu verstehen sei. — Zum Beweis der Gesellschaft gegen Dritte genügt übrigens auch eine beim Gericht eingetragene und angeschlagene Privaturkunde. (Code de com. 44). Sirey 1842 I. 115.

Kann der Mann als Erbe seiner Frau auf die Gütergemeinschaft verzichten? Art. 1453, 1466.

Der Mann hatte von der verstorbenen Frau deren sämmtliches Vermögen geschenkt erhalten, darunter auch ihren Antheil an einer errungenschaftlichen Liegenschaft, so daß er für diesen hälftigen Liegenschaftsübergang die Accise entrichten sollte. Um dieser zu entgehen, gerieth er auf den Einfall, als Rechtsnachfolger seiner Frau auf die Gütergemeinschaft zu verzichten, und behauptete jetzt, daß er kraft dieses Verzichts Eigenthümer der ganzen Liegenschaft sei und diese nicht aus dem Nachlaß seiner Frau erworben habe. Allein diese Einwendung wurde verworfen, indem der Cassationshof erklärte: das Recht auf die Gemeinschaft zu verzichten, sei der Frau im Art. 1453 folgende nur in ihrem besondern Interesse, gegen den Mann und zu dessen Nachtheil verliehen, als Ausnahme von dem gewöhnlichen Gesellschaftsverhältniß, indem der Mann als nothwendiger Verwalter der Gütergemeinschaft auch für deren Verluste verhaftet bleibe.

Diesen Grundsatz bestätige auch der Art. 1456, wonach die Frau, die verzichten wolle, zuvor ein Inventar unter Zuziehung der Erben des Mannes (contradictoirement avec les héritiers du mari) oder nach deren Beiladung fertigen zu lassen habe, welche Bedingung aber da, wo der Mann mit dem Erben der Frau eine Person darstelle, im Ernste nicht erfüllt werden könne, weil sonst der Mann contradiktorisch mit sich selbst handeln müßte. Sirey 1842 I. 193.

Die Uebergabe einer gewöhnlichen Forderungsurkunde ist noch kein Handgeschenk. Art. 893, 931 C. de com. 137.

Die Erben des Dumont vermißten in dessen Masse die Schuldurkunde über eine Forderung von 11,000 Fr., welche der Erblasser bei einem Bankierhaus stehen hatte, und forderten die Herausgabe dieser Urkunde an Fombelle, der übrigens Assossie des Bankierhauses war.

Fombelle legte nach längerem Leugnen die Urkunde bei Gericht vor, behauptete aber, der Erblasser habe ihm die Forderung geschenkt, indem er ihm die Urkunde in Besitz gegeben und auch noch darauf gesetzt habe: „zu zahlen an die Ordre des Fombelle (Summe ausgelassen) den 27. Sept. 1838. Dumont." Ueberdieß, fügte er bei, sei er als sammtverbindlicher Assossie Schuldner der ganzen Forderung gewesen und daher durch die Rück-

Digitized by Google

gabe der Schuldurkunde nach Artikel 1282 befreit worden, mithin nicht schuldig, die Urkunde herauszugeben. Allein er wurde dazu für schuldig erkannt und seine Cassation verworfen: Es handle sich nicht um eine Urkunde auf Inhaber oder ein sonstiges Handelspapier (Wechsel, Handelszettel), welche durch Uebergabe oder durch ein Indossament sammt der Forderung selbst übertragen werde, sondern um eine gewöhnliche Forderungsurkunde.

Solche Forderungen könnten aber nicht durch bloße Uebergabe (Handgeschenk) geschenkt werden, weil sie ihrer Natur nach unkörperlich seyen und die Urkunde für sich allein die Forderung nicht repräsentire, daher auch der Besitz der Urkunde noch keine Vermuthung des Eigenthums begründe; vielmehr müßte die Forderung selbst durch förmliche Schenkung oder durch Cession überteagen werden. Das Indossement enthalte aber weder eine Schenkung noch eine Cession und zwar letztere (abgesehen von der fehlenden Vertragsursache) auch deshalb nicht, weil keine Summe darin ausgedrückt sey. Eben so wenig liege ein Schuldnachlaß durch Rückgabe der Schuldurkunde vor, einmal weil die Rückgabe nicht an das Bankierhaus als den eigentlichen Schuldner geschehen sey, und dann, weil dieses Haus die Forderung dem Erblasser bereits abgerechnet habe, endlich weil der Inhaber sich selbst widerspreche, wenn er eine Forderung als getilgt darstelle, die er geschenkt erhalten haben wolle. Sirey 1842. I. 203.

Der Art. 1847 bezieht sich nur auf eigentliche Gesellschafter, nicht auf Gemeinschaftsgenossen.

Eine Fabrikgesellschaft beendigte ihre Streitigkeiten durch einen Vergleich dahin, daß die Gesellschaft aufgelöst seye, jedoch die Gemeinschaft der Fabrik und ihrer ganzen Einrichtung für die noch übrigen Jahre in der Art fortbestehen soll, daß jeder Theilhaber drey Jahre lang sie ausschließlich für sich zu benützen habe. Als nach drey Jahren der erste Theilhaber abtrat übernahm er in der Nähe eine gleiche Fabrik, die dem zweiten Theilhaber so großen Abtrag that, daß dieser ihn auf Entschädigung belangte. Er stützte sich auf S. 1847, wornach der Gesellschafter den durch das gleichartige Nebengeschäft erworbene Gewinn einzuwerfen habe, und behauptete, durch den Vergleich sey die Gesellschaft in der That nicht aufgelöst, sondern nur eine andere Art der Gewinntheilung festgesetzt worden. Allein seine Klage wurde verworfen, so wie die ergriffene Cassation, weil zwar eine Gemeinschaft an der Fabrik, aber nicht an dem daraus zu ziehenden Gewinn und Verlust bestehe (Art. 1832), vielmehr eine alternative und ganz unabhängige Benutzung stattfinde, wobei der eine gewinnen, der andere verlieren könne, keiner dem andern Rechnung abzulegen habe und der jeweils Benützende gewissermaßen nur Pächter der andern sei. Ueber den Unterschied zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft Duvergier societ. N. 11. 56. — Sirey 1842. I. p. 231.

Freiwillige Erfüllung einer Schenkung hebt den Undank auf. Artikel 957.

Die Mutter schenkte dem Sohne ihr ganzes Vermögen mit der Last, ihr eine gewisse Summe zu zahlen. Nachdem der Sohn bezahlt und die Mutter quittirt hatte, wollte sie die Schenkung wegen grober Schmähung, die vor der Zahlungsannahme vorgefallen, seit welcher aber die einjährige Verjährungszeit der Undanksklage noch nicht umlaufen war, widerrufen. Allein vergebens, weil in der Annahme der Zahlung als Bedingung der Schenkung eine freiwillige Erfüllung der letztern und darin ein Verzicht auf die Anfechtung liege. — Gleiches nehmen die Ausleger an, wenn eine Aussöhnung statthatte. Duranton VIII. N. 561. — Sirey 1842. I. 244.

Der Erbe der Frau, der sich auch nur in den Dotalnachlaß einmischt, gilt gleichwohl als antretend. Art. 778. 1554. 1560.

Nach dem Tode der Frau setzten sich deren Erben in den Besitz ihrer sämmtlichen Dotalgüter. Später erklärten sie, daß sie auf die Erbschaft verzichteten, jedoch vorbehaltlich dieser Dotalgüter, die nicht für die Schulden und Lasten der Erbschaft hafteten, daher für sich beständen. Allein als ein Gläubiger sie wegen ihrer Einmischung als unbedingte Erben, die später nicht mehr hätten verzichten können, belangte, wurden sie als solche zur Zahlung verurtheilt. Wer als Erbberechtigter irgend einen Theil des Nachlasses in Besitz nehme, gelte als Erbe und zwar als unbedingter, wenn er nicht vor der Einmischung die Errichtung eines Inventars bewirkt habe. Die Dotalgüter einer Frau gehörten aber zu deren Nachlaß, wenn sie gleich von allen während der Ehe kontrahirten Schulden ganz frei in den Nachlaß der Frau zurückfielen, und es könne eine Erbschaft nicht

Digitized by Google

theilweiſe angetreten und theilweiſe abgelehnt werden; daher ſei der theilweiſe Verzicht der beklagten Erben ganz unwirkſam. Dieſelben hätten auch, um ſich die Dotalgüter ſchuldenfrei zu verſchaffen, gar nicht nöthig gehabt, theilweiſe anzutreten, da ſie nur die ganze Erbſchaft unter der Wohlthat des Erbverzeichniſſes hätten antreten und dann den Gläubigern, welche die Dotalgüter angreifen wollten, die Einrede der Dotalität entgegenſetzen dürfen. Auf dieſe Weiſe ließen ſich die Grundſätze der Erbſchaftsantretung mit jenen der Dotalität einfach vereinigen und alle Rechte blieben gewahrt. Der größte Mißſtand wäre es aber, wenn es einem Erbberechtigten erlaubt wäre, Güter, die er für Dotalgüter halte, ohne Beiziehung anderer Betheiligten oder Inventar in Beſitz zu nehmen und den übrigen Nachlaß ſeinem Schickſal zu überlaſſen. Sirey 1842. I. p. 283.

Beweislaſt im Fall des Artikel 1975, wenn der Leibrentenvertrag auf einer Privaturkunde beruht.

Thuin beſtellte ſich am 30. März gegen ein Capital von 1000 Fr. eine Leibrente von jährlich 100 Fr., ſtarb aber am 18. Juli, und nun forderten ſeine Erben das Capital wieder zurück, behauptend:

Nach Satz 1975 ſei der Leibrentenvertrag nichtig, wenn der Bezieher innerhalb 20 Tagen an der Krankheit, womit er beim Abſchluß des Vertrags behaftet geweſen, ſterbe; die Privaturkunde, welche aufgenommen worden ſei, trage nun zwar ein älteres Datum (30. März), aber da ſie kein ſicheres Datum habe, könne ſie ihnen nicht entgegengehalten werden. So erkannte auch das Gericht, indem es mit Delvincourt (III. p. 425) annahm, daß, wenn die Urkunde kein ſicheres Datum habe, zu vermuthen ſei, ſie wäre erſt in den letzten 20 Tagen aufgenommen worden, vorbehaltlich des Gegenbeweiſes.

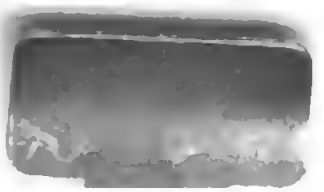
Allein das Urtheil wurde kaſſirt: Leibrentenverträge könnten auch durch Privaturkunden abgeſchloſſen werden, und nach Satz 1322 habe eine ſolche Urkunde unter den Betheiligten und deren Erben gleiche Beweiskraft, wie eine öffentliche. Von letzter Regel mache nun zwar der Satz 1975 eine Ausnahme, inſoferne er unbedingt (alſo ſelbſt wo eine anerkannte Privaturkunde entgegenſtehe), den Beweis geſtatte, daß der Leibrentenvertrag erſt in den letzten 20 Tagen zu Stande gekommen ſei. Allein immerhin ſei es Sache desjenigen, der den Vertrag anfechte, gegen den Inhalt der Urkunde den Beweis zu führen, daß der wahre Tag des Vertrags in die letzten 20 Tage falle, da eine geſetzliche Vermuthung dafür nicht beſtehe. So auch Duranton T. 18. N. 151. Sirey 1842. I. p. 300.

Rückforderung einer doppelt bezahlten Eheſteuer gegen die Frau. Art. 1549.

Die Frau erhielt im Ehevertrag von ihrem Vater eine Eheſteuer ausgeſetzt von 4000 Fr., mit deren Erhebung und Verwaltung ſie ihren Mann beauftragte. Nachdem der Mann hieran 2000 Fr. erhoben und quittirt hatte, ſtarb er, und die Frau trat in die zweite Ehe, wobei ſie abermals die ihr vom Vater verſprochenen vollen 4000 Fr. als Eheſteuer beſtimmte und nun den zweiten Mann zur Erhebung bevollmächtigte, in der Meinung, der Vater habe daran noch nichts an den erſten Mann bezahlt. Der Vater, der die Quittung nicht mehr auffinden konnte, wurde auf ihre und ihres zweiten Mannes Klage zur Zahlung der vollen 4000 Fr. nebſt Zinſen verurtheilt und zahlte ſie auch. Als aber nach ſeinem Tode die Quittung über die 2000 Fr. ſich vorfand, forderten die Geſchwiſter der Frau die Einwerfung dieſer doppelt bezahlten 2000 Fr. in die väterliche Erbmaſſe. — Die Frau wendete ein, es handle ſich nicht um eine Einwerfung, ſondern um eine condictio indebiti und damit könne nicht ſie, ſondern nur ihr jetziger Mann belangt werden, der nach S. 1549 während der Ehe der alleinige Verwalter der Eheſteuer ſey und als ſolcher die ſchon an den erſten Mann bezahlten 2000 Fr. nochmals erhoben habe. Allein ſie wurde zur Einwerfung für ſchuldig erkannt und die Caſſation verworfen. Beide Ehemänner ſeien nämlich von der Frau bevollmächtigt geweſen, die Eheſteuer zu erheben, und da der Mandant für die innerhalb der Vollmacht vorgenommenen Handlungen ſeines Bevollmächtigten haftet (1993), ſo gälten die Zahlungen an die Ehemänner ſo, als ob ſie an die Frau ſelbſt geſchehen wären. Als Erbin ihres Vaters habe ſie aber ihren Miterben alle Schenkungen einzuwerfen, die nicht Vorausſchenkungen ſeien, ohne Unterſchied, ob ſie ſolche direkt oder indirekt erhalten habe, alſo auch diejenigen Summen, welche nur in der Abſicht, eine Schenkung zu erfüllen, doppelt bezahlt worden ſeien. — Hierbei verſteht es ſich, daß — wenn der erſte Mann ihr die erhobenen 2000 Fr. nicht erſetzt hatte — ihr der Rückgriff gegen ihn oder deſſen Rechtsfolger zuſteht. Übrigens legt das Urtheil beſonderes Gewicht auf den Umſtand, daß die Frau den Mann zur Erhebung der dos beſonders beauftragt hatte: hätte der Mann nur als Verwalter kraft ſeines allgemeinen geſetzlichen Auftrags (1549) die Zahlung zur Ungebühr empfangen, ſo hätten, wie der Caſſationshof zu unterſtellen ſcheint, die Miterben der Frau nur gegen ihn klagen können. Sirey 1842 I. p. 306.

F. P. Schmidt.

Digitized by Google



Digitized by Google